J. pract.
186 n.

Morstadt

S

Materialkritik

von

Martin's Civilproceß-Lehrbuch:

zugleich auf eine

Mitcommentation von dessen Gegenstand

berechnet.

Ein Hundert und ein Entwürfe:

vom

Professor Dr. Karl Eduard Morstadt,

in Heidelberg.

Zweite, stark vermehrte, Ausgabe.

Heidelberg.

Neue Akademische Buchhandlung von Karl Groos.

1828.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Vorrede.

Der Inhalt meiner vorliegenden Schrift scheint mir hinreichend, durch ihren Titel, bezeichnet zu seyn. Nur muß ich freilich den Leser ersuchen, keine vollständige Kritik des gesammten Materials vom Lehrbuche Martins hier zu erwarten, und mir es daher nicht zu mißdeuten, daß ich einerseits den Probirstein meiner Beurtheilung, nur an die kranken, und nicht auch an die gesunden Theile, dieses Buches, angelegt, und andrerseits selbst von diesen kranken Theilen viele Dutzende völlig unbeachtet liegen gelassen habe. Freilich wird durch diesen letzteren Mangel der erstere doppelt fühlbar: indem, wenn ich meine polemischer Versuche für erschöpfend ausgeben könnte und würde, dadurch zugleich, a contrario, wenigstens das Resultat meiner Kritik der nichtangefochtenen Masse: nämlich meine Billigung derselben: pronunzirt wäre. — Allein ein Materialkritiker des fraglichen Compendii, welcher es sich einfallen ließe, diesen Defect vermeiden zu wollen, würde den Himmel erst, für sich selber und seine Leser, um eine herkulische Ausdauer und Resignationskraft anflehen müssen: zwei Tugenden, die, in einer Zeitepoche, wo es sich noch um wichtigere Interessen handelt als die gemeindeutsche Civilprocedur, und wo die Anwendung der Arbeitentheilungs-Maxime auf das Studium der Moralwissenschaften, verderblicher als jemals wirken muß, fürwahr ein höheres Ziel, so wie einen schöneren Preis, verdienen.

Was die Tendenz dieses Buches betrifft, so ist sie eine dreifache. Erstens wollte ich den Studiosen unserer bisherigen Civilproceß-Theorie einen Beitrag zur Erklärung von den Normen überrei-

chen, welche deren Object ausmachen: und zwar einen solchen Beitrag, der ihnen eine Andeutung der Einwirkungsweise dieser Normen, auf den menschlichen Verkehr, mithin einen Pfeiler für die unentbehrliche Brücke von der Theorie zur Praxis, abgeben könnte. Zweitens strebte ich mitunter, eben jene Civilproceß-Theorie, in einigen wesentlichen Punkten, zu einem höheren Grade von Richtigkeit zu erheben als worauf sie mir bis jetzt zu stehen schien: ein Versuch, worüber ich einer gründlichen Discussion, mit Verlangen, entgegensehe. Drittens, und hauptsächlich, aber suchte ich, um dem Altar meiner politischen Ideale ein schuldiges Opfer zu bringen, durch eine Aufdeckung von Martins Schwächen, dem bitteren Schaden entgegenzuarbeiten, welchen er, über seine Nation, dadurch verhängt, daß er wider deren lauten Wunsch nach Mündlichkeit und Oeffentlichkeit ihrer Rechtspflege, statt aller Gegengründe, das Gewicht seiner usurpirten Autorität, und seiner empörenden Invectiven, in die Wagschale schleudert. Wer uns, an der Stelle von Argumenten, bloß sein eigenes Ich, und dessen Schimpfreden, opponirt, wird am klügsten dadurch unschädlich gemacht, daß wir, mit der Leuchtfackel in der Hand, dem Publikum zeigen, wie seines Ichs Größe von einem Pappdeckel-Kothurn herrühre, und seine Schimpfreden die Exclamationen eines Trunkenen seyen. —

In Hinsicht der Form von diesen Entwürfen endlich muß ich wohl einem gedoppelten Vorwurf' entgegensehen: einmal nämlich, daß dieselben, außer denen, im Corrigenden-Verzeichnisse, von mir, angegebenen Druckfehlern, noch eine Reihe von anderen enthalten; und zweitens, daß ihr Ton, hie und da, einen allzu sarkastischen Charakter angenommen habe. In der That kann ich leider,

statt aller anderen Entschuldigungen, hiergegen bloß soviel bemerken: daß einerseits der Druck und die Correctur dieser Schrift in großer Eile gefertigt werden mußten, und daß andrerseits mannigfaltige und heillose Erfahrungen, die ich als Mensch, als akademischer Lehrer, als Badenser, und als Deutscher, aufgeschöpft, mich, noch in der gegenwärtigen Stunde, der Reue unfähig machen, in einem Buche, das, dem eben Bemerkten gemäß, ohnehin eine persönliche Tendenz nehmen mußte, gegen den Redacteur des neuen rheinischen Merkurs, und den Hohnredner der Proceßpublicität, diese Sprache geführt zu haben. — *Facit indignatio versum!* Heidelberg, den 8. Mai 1820.

M.

Vorrede zur zweiten Ausgabe.

Ausgabe, nicht Auflage, nennen sich diese Bogen: denn das erste Alphabet ist noch dasselbe, welches im Lenz 1820 die Presse verlassen. Acht Hundert Exemplare sind davon verkauft worden; die übrigen zwei Hunderte aber gehen jetzt, mit X neuen vermehrt, da capo zum Leipziger Markte.

Die Augmentation enthält eine Apologie der Materialkritik wider einige ihrer eigenen Materialkritiker: vorzüglich gegen Linde; und zugleich eine partielle Rettung der Martiniade selber, contra Gensler. Insofern ist also meine Schrift jetzt nicht mehr lautere unvermischte Polemik gegen den Jenensischen Processualisten. Auf seinen Dank aber habe ich dabei freilich nicht gerechnet: denn, wenn auch nicht überall die Meynung, so trennt uns doch auf ewig die Neigung. Ich bitte ihn daher, mich und mein Buch für immer zu ignoriren. Zum Erkenntlichkeitsunterpfand werde ich,

von Stund' an, nie wieder nach seinem Compendio lesen: und zwar wegen der Unverbesserlichkeit des Verfassers; sondern nach Linde's Lehrbuch. Bis jetzt hatte ich Ersteres bloß darum noch immer zu Grunde gelegt, weil diese Antimartiniade mir manch zeitverschlingendes Dictat ersparte. Allein nicht nur bleibt mir dieser Vortheil auch für die Zukunft, um den geringen Preis der Citationsmühe, größtentheils gesichert, sondern er wäre auch ohnedies durch die weit höhere Klarheit und Detailreichhaltigkeit des neu adoptirten Leitfadens völlig aufgewogen. Der junge Phönix ist mehr werth als die galvanisirte Asche des Alten. Dem Vater dieses Alten bleibt nun nichts übrig als die Aufgabe, durch seine vierbändige „Darstellung des teutschen Civilprocesses" sich in neuen Vorsprung zu versetzen, trotz allem gleichzeitigen Auslaufe des Linde'schen Viergespanns — auf solch ausgefahrener staubiger Rennbahn.

Ich, meines Ortes, bescheide mich mit einem Zuschauerplatz an den Schranken: da meiner eigenen Ambition zwei ganz entgegensetzte Ziele gesteckt sind: nämlich die Martyrerkrone des jeweiligen Commentators von Mittermaiers Grundsätzen des deutschen Privatrechts, und die Dachgiebelmaye von einem neuen Lehrgebäude des deutschen Staatsrechts.

»Auf des Glückes großer Wage
»Steht die Zunge selten ein:
»Du mußt steigen, oder sinken;
»Du mußt herrschen und gewinnen,
»Oder dienen und verlieren;
»Leiden oder triumphiren;
»Amboß oder Hammer seyn.

Göthe.

Einleitung.

I.

Definition der Proceß-Theorie. (§. 1.)

Mit vollem Rechte lehrt uns ein altes Sprichwort: „omnis definitio in jure periculosa“: eine Wahrheit, die nicht minder klar aus der Beleuchtung unserer Gesetzbücher als aus der Kritik unserer Compendien hervorgeht. Liefert doch gerade die Definition, welche an der Eingangspforte der gesammten römischen Legislation — an der Spitze der Institutionen Justinians, das heißt, eines zugleich als Compendium und als Gesetzbuch ausgeprägten Werkes — steht, hierzu den grellsten Beleg! (1)

---

(1) »Juris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia; justi atque injusti scientia.« Unverkennbar ist diese subjective Definition der Jurisprudenz, das heißt diese Begriffsbestimmung der Rechts-Kunde unendlich sinniger als Thibaut (S. 5 und 6 des IIten Bandes seiner Versuche), allzu vornehm auf ihren altrömischen Verfasser herabschauend, sie uns verdolmetscht. Er übersetzt dieselbe nämlich so: „die Rechtskunde ist (gewissermaßen) die Kenntniß alles Denkbaren; wiewohl ganz vorzüglich des Rechten und Unrechten.“ — Was würden

Auch Martins Definition der Proceß-Theorie ist nicht zur Widerlegung des verjährten Spruches geeignet. Es umfaßt ihm die Proceßtheorie »die ganze Lehre von der Rechts-Verfolgung vermittelst der Staats-

---

unsere Philosophen von einem Candidaten halten, der, gemäß dieser Analogie, die Moral dahin definirte: „Sittenkunde ist (gewissermaßen) die Kenntniß alles Denkbaren; wiewohl ganz vorzüglich des Sittlichen und Unsittlichen?“ — — Springt es nicht in die Augen sogar jedes verständigen Laien: daß der Sinn Ulpians vielmehr nur der sey: Rechtskunde ist die Kenntniß aller göttlichen und menschlichen Dinge (das heißt desselben Objects womit sich die Philosophie beschäftigt), und die Wissenschaft von Dem, was, in Hinsicht ihrer, recht oder unrecht ist? Ist dieß nicht schon des Cujacius a) Giphanius b), Vinnius c) und H. de Cocceji d) ganz einfache Deutung gewesen? Ja spricht nicht Justinian e) selbst sonnenklar diese nämliche Deutung aus? Führen nicht die eigenen Worte vom §. 12. des nämlichen Institutionentitels auf dieselbe Interpretation? (6) Mit

---

a) Commentar: ad Institutiones Justinian. Lib. I. Cap. 1. §. 1.

b) Commentar: in IV libros Instit. Lib. I. Tit. I. Sect. I.

c) Commentar: in libros Instit. Lib. I. Tit. I. §. 1.

d) Commentar: ad *Hug. Grotii* libros de jure belli ac pac. Lausannae 1752. Vol. III. pag. 351.

e) »*legum auctoritas, quae et divinas et humanas res bene disponit et omnem iniquitatem expellit.*« L. 1. §. 1. Cod. de veteri jure enucl. (.I 17.)

f) *Omne autem jus quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Et prius de personis videamus: nam parum*

hülfe. Diese Definition, welche, in rein-deutsche Sprache übersetzt, etwa so lauten würde: die Lehre von aller, bei Staatsbehörden vorzunehmenden Rechts-Verfolgung: unterliegt einem gedoppelten erheblichen Tadel. A. Erstens nämlich ist sie zu eng: wenngleich nur vermöge des verunglückten Wortausdruckes zu eng. Nicht das wollen wir einen schielenden Ausdruck nennen, daß Martin bloß von einer Rechts-Verfolgung, das heißt von einer solchen Handlungsweise spricht, die im eigentlichen Wortverstande nur dem Kläger — dem Angreifer zugeschrieben werden kann: denn er könnte uns hierauf, nicht ohne Schein, eine zweifache Antwort geben: einmal, daß es ihm umsomehr vergönnt seyn müsse, per synecdochen, hier mit Rechts-Verfolgung alle Rechts-

---

anderen Worten: was ist diese Definition Ulpians anders als der kurze Grundtext von Dem was der tiefere Montesquieu (im Cap. 1. seines esprit des lois) dahin, theils definirt, theils exponirt: die Wissenschaft von den Gesetzen (letzteres Wort im weitesten Sinne genommen) ist die Kenntniß der Verhältnisse: so wie diese mit Nothwendigkeit aus jedes Dinges Natur entspringen: und in diesem Sinne haben alle Wesen ihre Gesetze: selbst die Gottheit; die ganze Geister- und Körperwelt, sammt dem einzelnen Menschengeschlechte ꝛc. — Allein wenn auch

---

est jus nosse, si personae, quarum causa constitutum est, ignorentur. Vergl. den Eingang des Institutionentitels de rerum divisione etc. (II. 1.) Die Kenntniß des *jus* wird also von der Kenntniß der Objecte des *jus* unterschieden, und nicht, wie Thibaut meint, bloß als eine Kenntniß der vorzüglichsten Species, aus der Gesammtkunde des genus, herausgeschieden!

Verfechtung zu bezeichnen, weil aus dem Hauptangriffe des Klägers oder Anklägers sich die (2) Rechts-Verfechtung des Beklagten oder Angeklagten, wie der Donnerhall aus dem Blitze, erst (3) entwickelt; und dann auch, daß ja bekanntlich der Angegriffene, als Reagent — als Gegenwehrmann, die Rolle des Angreifers übernehme (4). Hingegen in folgender gedoppelten Hinsicht läßt sich der Ausdruck des Compendii des Schielens bezüchtigen:

1) weil er schlechthin von einer Rechts-Verfolgung vermittelst der Staatshülfe spricht: denn dieß ist a) einer'seits zu weit gesprochen: indem man (z. B. in Eheverlöbniß- und Ehesachen) oft vielmehr die Kirchen-

---

die Thibaut'sche Auslegung dem Urheber jener Definition allzu herbes Unrecht thut, so steht sie darum doch nicht minder verwerflich da: denn, wollten wir auch den Zweifel unterdrücken, ob wohl in Wahrheit die gesammte Körper- und Geisterwelt (res divinae atque humanae) — Kosmogonie, Mythologie, Botanik ꝛc. inbegriffen, deßhalb nothwendig zum Objecte des angestrengten Studii eines Juristen werden müsse, damit er genau unterscheiden könne, was denn aus dieser Unmasse, durch menschliche Gesetze regulirbar und regulirenswerth sey; so bleibt noch immer der unverzeihliche Hauptfehler übrig, daß das Definiendum — nämlich das jus, unter dem Namen justum, in die Definitio aufgenommen ist.

(2) (ausdrückliche oder präsumtive)

(3) Daß dieß keineswegs immer wahr sey wird sich sogleich zeigen. S. S. 12. ff.

(4) Auch dieß wäre aber bei weitem zu allgemein gesprochen: denn nur *excipiendo* reut fit actor. Wie viele Tausende von Beklagten aber haben oder gebrauchen keine exceptiones?

hülfe (5) nachsuchen muß; und b) doch andrerseits zu eng: indem in vielen tausend Fällen der Staat seine Rechte selber, sogar unaufgerufen, verfolgt — den Ankläger, Untersucher und Richter, zu gleicher Zeit, in eigener Person spielt: mithin keiner fremden Rechts-Verfolgung seinen helfenden Arm leiht (6): ich meine nämlich in allen Criminalprocessen, die, streng und rein, nach der gemeinrechtlichen Inquisitionsmaxime (7) an- und fortgesponnen werden;

---

(5) Man wende hiergegen nicht ein: daß die Kirche hier bloß als Stellvertreterin des Staates handle und daß, wer sich an den commissarius gewendet, in Grunde doch den Committenten angegangen habe. Könnten wir, gemäß dem Systeme der absoluten Identität von Staat und Kirche a), behaupten: daß unsere Kirchen wahre Staatsanstalten seyen und daß die rota romana ein bloßes Surrogat des altrömischen collegii pontificum b) sey, oder wäre auch nur (im Geiste der bloßen Concordification c) zwischen Staat und Kirche) durchgängig das Territorialsystem adoptirt; so möchte jene Ansicht gelten. Wie verträgt sie sich aber mit dem, fast ebenso verbreiteten als weisen Collegialsystem; und wie erst mit dem Systeme des Hierarchismus?

(6) Schreitet ja doch der Staat oft sogar wider den Willen des Damnificaten mit seiner Strafprocedur ein!

(7) S. v. Grolmans Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft. 3te Aufl. §. 552 seq. vergl. mit der

---

a) So wie es *Hobbes* im Buche de cive vertheidigt.

b) *Graevii* thesaur. Vol. V. *Montesquieu* dissertation sur la politique des Romains dans la réligion und Hugo's sechste Rechtsgeschichte S. 202 ff.

c) S. (K. S. Zachariä) über die Einheit des Staats und der Kirche 1797; und De Pradt: les quatre concordats. Paris, 1818. Bd. I. pr.

II) weil er nur von dem Actus des Rechts-Verfolgens spricht, unter Angabe des Mittels zu diesem Actus, nämlich der Staatshülfe. Keinem Schüler und keinem sonstigen Laien, der diese Definition anblickt, kann es wohl einfallen, daß die Lehre von dieser Staatshülfe, also gleichfalls einer bloßen Handlung, zugleich die Lehre von der gesammten Körperorganisation — die ganze Anatomie und Physiologie von deren Urheber — vom Helfer: das heißt von den Gerichtsbehörden: umfassen solle. Und doch soll die Definition dieß Versprechen enthalten. Wer wird wohl, wenn ich ihm sage: der Buchverlag sey die, auf eigne Kosten übernommene Vervielfachung eines Buches, vermittelst der Druckerpresse: wer, frage ich, wird alsdann erwarten, daß ihm eine breite Schilderung vom Verhältnisse des Druckerei-Factors zum Druckerei-Herrn, so wie von der Buchführungs-Methode dieses Herrn ꝛc., zugedacht sey (8)?

---

classischen Rechtfertigung (Ruventhals?) vom öffentlichen mündlichen Verfahren ꝛc. gegen seine Verfolger. 2te Aufl. S. 1. ff.

(8) Der entgegengesetzten Einseitigkeit und juristischen Kunstsprach-Sünde macht sich Thibaut schuldig, wenn er im §. 1054. seines Pandektensystems sagt: „Fast jedes Gericht in Deutschland hat seine besondere Verfassung. Diese Besonderheiten (Sonderthümlichkeiten!) sind der Inhalt des particulären Processes ꝛc.“ Gehören denn z. B. die Vergleichsversuche und die verschiedenartigen Executionsdecrete zur Verfassung oder gehören sie zur Verwaltung eines Gerichtshofes? Kann man im eigentlichen Sinne des Wortes sagen: daß die Formbestimmung einer Klagschrift zur Verwaltung, geschweige denn gar zur Verfassung eines Gerichtes gehöre? — Zudem scheint die Behauptung: daß nur die „Besonderheiten“ ꝛc. den particulären Proceß con-

B. Zweitens aber ist die Definition des Compendii auch zu weit: indem sie alle Rechts-Verfolgung bei Staatsbehörden zum Thema der Proceßtheorie macht.

Zwar ist es nämlich, an sich genommen, wohl schwerlich abzusehen, warum nicht auch das Verfahren in den Verwaltungshöfen der Jurisdictio *voluntaria*, d. h. der verhütenden Justiz (9), den Kunstnamen des Proceßes führen könnte: um so gewisser, da ihre Administration den gemeinsamen Titel der Gerichtsbarkeit, oder besser, der Rechtspflege, mit unserer jurisdictio *contentiosa* d. h. der entscheidenden Justiz theilt (10). Ja, noch mehr, es hat in einem der gangbarsten Compendien (11) diesen Kunstnamen gewissermaßen schon wirklich erhalten! — Allein der Sprachgebrauch, welcher denn doch

---

stituiren, in hohem Grade verwerflich zu seyn. Nur der Dichter darf sprechen: Tücke, Haß und Schadenfreude im flammenden Auge; triumphirende Hoffarth auf der Stirn und Gifthonig im höhnischen Mundwinkel, constituiren des Mephistopheles Gesicht. Der prosaische Physiognome muß sagen: in diesen Momenten besteht der Charakter-Ausdruck von des Mephistopheles Antlitz.

(9) welche, wie, unter Andern, Lips a) sehr richtig bemerkt, nicht nur einerseits den Civilrechts-Läsionen, sondern andrerseits auch den Verbrechen entgegenzuarbeiten hat.

(10) Vergl. Behr's Verfassung und Verwaltung des Staats. Nürnberg, 1812. Bd. 2. Heft 1. Nr. 1 u. 2.

(11) in Just. Claproth: primae lineae jurispr. extrajudicialis. Götting. 1760. §. 28. Vergl. Grolman's Theorie des Civ. Pr. Verfahrens. §. 2. Not. 1.

---

a) Staatswissenschaftsl. Erlang. 1813 S. 62. seq.

noch fast (12) durchgängig unter Proceß lediglich das Verfahren in contentiosen (Civil- Criminal- und Polizeisachen) Sachen versteht, ist unser Tyrann; und dazu kömmt noch oben drein, daß unser Compendium in der That bloß und allein dieſen Proceß darzustellen gedenkt. Ebendarum müssen wir aber dieſes Kunstwort Proceß nimmermehr so definiren, als wäre auch die gesammte freiwillige Gerichtsbarkeit darunter begriffen. Unbegreiflich ist es, wie es dem praktischen Scharfblick und der Umsicht Martins entgehen konnte, daß ebensogut z. B. der Inhaber eines Faustpfandes, welcher den Richter aufruft, es zum Behufe seiner Befriedigung öffentlich versteigern zu lassen, mittelst der Hülfe des Staates seine Rechte verfolge, wie Derjenige welcher gegen seinen betrügerischen Faustpfandschuldner, der ihm einen Koffer voll Steinen, statt eines Bücherkoffers, versetzte, die actio pignoratitia contraria erhebt; daß ich nicht minder mit Staatshülfe zu meinem Recht gelange, wenn ich einem fahrlässigen Nachbar durch die Stadtpolizei gebieten lasse, seinem baufälligen Haus eine neue Schwelle zu unterziehen, als wenn ich, auf altrömische Weise, durch den Civilrichter ihm eine cautio de damno infecto abzwinge.

---

(12) Eine Ausnahme macht z. B. der rheinpfälzische Bauer: denn dieser nennt Alles was ihm Sporteln kostet, einen Proceß: namentlich auch seine demüthigsten Suppliken; und er sagt z. B. „Ist denn des Nachbars Sohn unklug: was hilft ihn sein Schielen, wenn er nicht blind ist wie ein Maulwurf. Mit dem schweren Geld was er schon umsonst bei der Herrschaft verprocessirt hat, könnte er einen halben Einsteher bezahlen, und 3 Feldwebel um blinden Urlaub schmieren.“

Allem Bisherigen zufolge erscheint mithin Martins Definition der Proceß-Theorie als schlechthin inadäquat; und ich schlage dagegen folgende vor: sie ist die Lehre von den Legalformen alles gerichtlichen (13) Verfahrens in streitigen (14) Rechtssachen, und von der Einrichtung der dafür bestellten Gerichtshöfe.

Hieran knüpfen wir denn, mit dem Compendio, die Bemerkung: daß im eigentlichen und engeren Sinne: weil ja das Wort processus (Verfahren) eine Handlung und nicht ein Institut bezeichnet: die Proceß-Theorie nur die legalen Formen des gerichtlichen Verfahrens in causis contentiosis, nicht aber zugleich auch das Institut der Gerichtshöfe darstelle.

II.

Hat der Proceß bloß verletzte Rechte zum Object? (§. 1.)

Gleich am Eingang seines ersten §. will uns Martin die Tendenz und den Nutzen alles Processes vor Augen stellen; und er thut dieß dadurch daß er das Geltend-

(13) „Verfahrens in den Gerichtshöfen" dürfen wir nicht sagen: denn Obsignationen, Auspfändungen, Häuser-Besichtigungen ꝛc. gehen außerhalb der Gerichtsschwelle vor.

(14) Dieser terminus technicus ist freilich cum grano salis zu verstehen. Wie manches Protocoll eines Erbtheilungs-Commissärs (der jurisdictio *voluntaria*) ist

machen verletzter Rechte zur Absicht des gesammten Processes stempelt. Nimmermehr läßt sich, wie mir dünkt, diese Ansicht unterschreiben: denn offenbar ist der Beruf des Processes ungleich umfassender als der Verfasser ihn hier ankündigt.

Vor allen Dingen müssen wir uns, um dieß klar zu überschauen, aus der Untersuchung Nr. I. erinnern, daß wir es hier noch ebensogut mit dem Criminal- und Polizeiprocesse, wie mit dem Civilprocesse, zu thun haben; und hieran knüpft sich die Bemerkung: daß aller Proceß wenigstens (15) ebensosehr zum Vortheile des Angegriffenen, wie des Angreifers, vom Staat angeordnet sey.

Nun aber fragen wir: wie kann z. B. ein, des Raubmords angeklagter Inquisit, der seines Verbrechens geständig ist, allein seine gänzlich verwahrloste Erziehung als (einzigen) Milderungsgrund vorschützt: im Uebrigen sich der Gnade des Monarchen empfehlend: wie kann ein

---

nicht unter Hader, Fluch und Familienhaß aufgesetzt und unterzeichnet worden? und wie mancher Scheidungsproceß zwischen erkalteten Eheleuten ist ein friedlich abgekartetes Theatergefecht, zur Illusion des Richters?

(15) Ich sage wenigstens: eingedenk des favor defensionis a) und der altrömischen Maxime Trajans b) »satius esse impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare.«

---

a) Vergl. z. B. §. 36. des Martin'schen Compendii.

b) l. 5. pr. Dig. de poenis (48. 19.) Verglichen mit dem unübertrefflichen Gutachten der K. P. Immediat-Justiz-Commission über das Geschwornengericht. 1819. S. 28. ff.

solcher Inquisit von verletzten (16) Rechten sprechen, die er geltend mache? Welche Rechte sind an einem Erben verletzt, der dem wider ihn klagenden creditor hypothecarius seines Erblassers, lediglich, mit zweifelndem Kopfschütteln, die litis contestatio negativa entgegensetzt? Oder erscheint z. B. der Wechsler als ein Verletzter, welcher — noch im Augenblick der Klage als ein Krösus betrachtet — der actio pro socio seines Commanditisten die exceptio beneficii cessionis bonorum, wie einen Blitz aus heiterer Luft, opponirt?

Eher könnte man auf den Einfall kommen, dem Processe, statt verletzter Rechte, bloß streitige oder bestrittene als Object aufzuladen. Allein nach einigem Umblicke schwindet auch diese Ansicht. Nicht als müßte darauf Gewicht gelegt werden, daß

a) beide Parteien im Herzen oft höchst einig sind und nur äußerlich, aus irgend einem Motive, einen wahrhaften Comödienproceß aufführen (17): gleichwie Nero mit dem Pappdeckel-Löwen (denn schon Möser (18) hat uns

---

(16) Um auch den Einwand abzuwenden, als mache er gleichsam dem Staate seine unseelige Erziehung zum Vorwurfe, wollen wir annehmen, daß er erst seit verübter That binnen den hiesigen Grenzen sey.

(17) So verabredet z. B. ein heres institutus mit dem ungerathenene Sohn des Erblassers, sich durch die querela inofficiosi überwinden zu lassen, um, durch den Umsturz des Testaments, der Auszahlung aller lästigen Legate enthoben zu werden. — So läßt sich die listige Ehefrau eines ehrgeizigen Harpax von ihrem galanten Putzlieferanten auf das Duplum des conto corrente verklagen, um für die, vom Eheherrn indebite zu bezahlende Hälfte der Klagsumme, neuen Credit beim Kläger zu erhalten.

(18) S. dessen patriotische Phantasien. Berl. 1786. Band IV. S. 113. ff.

gelehrt, daß im Processe recht eigentlich Worte wie Münzen gelten, und nur vom formellen, nicht vom materiellen Rechte, die Sprache seyn könne);

b) oder daß der Beklagte zuweilen, bloß wegen seiner totalen Unkunde vom angesprochenen Rechte, die Klage mit einer simpeln provisorischen Negation beantwortet: um den Zeugeneid zu gewärtigen: einen Beweisgrund, welchen, feierlich, wie er ihn braucht (19), ihm erst der Proceß herausstellen muß (denn selbst die provisorische Negation gilt hier als Bestreitung);

c) oder gar, daß oft der ganze Proceß in contumaciam absolvirt wird: indem der Beklagte weder zum Ja, noch zum Nein, den Mund öffnet, und überall kein Glied rührt (denn theils hat er ja vielleicht vorher gestritten, theils gilt jetzt, de jure, sein Schweigen als Verneinung).

Nicht hierauf also legen wir Gewicht; wohl aber auf folgende Momente:

a) erstens kömmt auch hier ebenso sehr das Einrede-Recht des Angegriffenen, wie das Angriffsrecht des Angreifers in Erwägung. Nun kann man aber doch wahrlich nicht sagen, daß ein Gläubiger und Kläger, welcher, — unvorbereitet auf dergleichen Monstrositäten, — sobald

---

(19) So hatte z. B. ein Schiffer die Erbschaft seines Bruders, mit Jubel, ohne Inventar angetreten, und verarmte hinterher kläglich durch, ihm unbekannt gewesene, Trinkschulden des Defunctus. Wer konnte es diesem Geprellten verargen, wenn er den Privat-Eiden der leichtsinnigen Zechbrüder seines Erblassers mißtraute, die ihm, von den verschiedenen Wirthen, als Zeugen jener Trunk-Credita producirt wurden?

ihm, gleich wie ein deus ex machina, die Einrede des senatus consultum Macedonianum von einem funfzigjährigen filius familias, oder die Einrede des senatus consultum Vellejanum von einer schöngeisterischen Gräfin, oder die exceptio litterarum quinquennalium (20) von einem goldstrotzenden Kammerherrn, oder die exceptio beneficii competentiae von einem bankerotten und bespornten Ex-Fabrikanten opponirt wird, kopfnickend seine Klage mit Seufzen zurücknimmt und vor der Gerichtsschwelle den Staub von seinen Füssen abschüttelt: ich sage von einem solchen Kläger kann man wahrlich nicht sagen: er bestreite diese Einrede-Rechte.

b) Zweitens, wenn z. B. über den Allodial-Nachlaß eines verstorbenen Vasallen, in dessen Masse sich unter Anderen eine Gemälde-Gallerie und zwei Postzüge befinden, Concurs ausbricht, und sodann, im edictalen Liquidationstermine, der (absolut privilegirte) Leichenwärter seine taxmäßigen 3 Gulden fordert; so urgirt dieser Leichenwärter gleichfalls kein bestrittenes oder streitiges Recht.

c) Ebenso kann man endlich von einem Criminalrichter, bei dem sich ein Wechsel-Falsarius, unter Verbittung aller Defension, freiwillig, selbst angeklagt hat, und der nun auf die Wahrheit (Qualification (21)) dieses

---

(20) S. Martins Compend. unten §. 314. Not. 5.

(21) S. Mittermaier's Theorie des Beweises im peinl. Processe. Mannheim, 1809. p. 233. seq. Vergl. mit Henke's Darstellung des gerichtlichen Verfahrens in Strafsachen. Zürich, 1817. §. 112.

Bekenntnisses inquirirt, ohne Lächerlichkeit (22) schwerlich sagen: er behandle ein streitiges Recht.

Dieß sind ohngefähr die Hauptgesichtspunkte weßhalb wir, meines Erachtens, nicht einmal schlechthin bloß streitige Rechte (23) zum Gegenstande des Processes aufwerfen dürfen. — Alles genau erwogen bleibt uns daher wohl kein anderer Ausweg als: Tendenz und Nutzen dieser Wissenschaft so zu bezeichnen: die Proceßtheorie lehrt, wie die Rechte (des Staats oder der Privaten) durch den Arm der *juris-*

---

(22) „Denn entweder müßte man sprechen: „der „Richter macht dem Selbstankläger das „Recht auf seine Strafe streitig;“ oder man müßte sagen: „der Richter macht sich einstweilen „selber sein eignes Strafverhängungs„Recht streitig.“ Mit sich selbst aber kann Niemand certiren! Ein Anderes wäre es um die Inquisition eines Capitalverbrechens: weil hier, ex officio, selbst dem protestirenden a) Verbrecher, ein Defensor zur Seite gestellt wird.

(23) Kaum bedarf es einer besondern Bemerkung, daß unter dem Wort: Rechte, hier ohnedieß ebensowohl die Rechtssätze wie die Rechtszustände verstanden seyn müßten: denn sonst wäre diese, ohnehin verwerfliche, Ansicht vollends handgreiflich falsch. Wie viele Civilprocesse entflammen sich nicht lediglich durch die controverse Natur unserer, selbst für die Hugo's und Savigny's räthselhaften Privatrechts-Dogmatik!

---

a) S. die (meisterhaften) Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft von K. v. Grolman. Gießen, 1818. §. 509.

dictio contentiosa, das heißt des eigentlichen Richters (24) geltend gemacht werden (25).

III.

Steht die Proceß-Theorie im Gegensatze mit unseren Rechts-Befugnissen und -Verpflichtungen? (§. 1.)

Sagte uns irgend ein Mineralien-Händler etwa vor: »die Theorie des Mineralien-Trafiks befaßt nicht bloß »die Wissenschaft von Charakter und Fundort jedes »Fossils, sondern auch die Disciplin von deren profita»belstem Ein- und Verkaufe, so wie von deren ersprieß»lichster Aufbewahrung und blendendster Anordnung;« so wären wir berechtigt, diesem Händler zweierlei ganz heterogene Kenntnisse zuzutrauen: einmal (gleichsam seine Dogmatik) jenen speciellen Naturwissenschaftszweig (26) — wo er hoffentlich seinen Willen unter die

(24) Ich bitte mir nämlich, aus guten Gründen, die Erlaubniß aus, den Verwalter einer jurisdictio contentiosa κατ' ἐξοχήν Rechtspfleger nennen zu dürfen.

(25) Gleichviel, ob man diesen Richterarm bloß aus eigener Wahl vorzieht, statt sich in concreto durch Nothwehr, Nachsetzen, Retention, Desertion, Pfandung ꝛc. selber zu helfen; oder ob man keine andere Wahl hat.

(26) Die Naturgeschichte ist gleichsam die Statistik der Naturlehre; die Statistik aber verhält sich zur Politik a), wie

a) Vergl. Say's Darstellung der National-Oeconomie oder Staatswirthschaft: bearb. von mir. H. 1818. Bd. I. §. 4 u. 5.

Gesetze der größten Mineralogen müßte gefangen geben; und dann eine gewisse Commerz-Politik (gleichsam seine Praktik (27)) wo er eigentlich seinem freien Schöpfergenius überlassen wäre, (jedoch, als Mann von Welt-Routine, vermuthlich in den erprobten Fußstapfen der Genuesen, Neugriechen und Juden fortwandeln würde.) — Distinguirt uns Martin, als Processualist, zwischen der Kenntniß der gedenkbaren Rechts-Befugnisse (und Rechts-Verpflichtungen (28)) und der Theorie von deren Verfolgung, so werden wir unfehlbar verleitet, zu wähnen: daß die Theorie von der Rechts-Verfolgung (so tauft ja unser Lehrbuch die Proceßtheorie!) von Rechts-Befugnissen überall nichts enthalte und mit deren System so wenig gemein habe, als etwa die Kunst des Sperling-

---

die Declamationskunst zur Poetik und wie ein Civilproceßcompendium zum Esprit des lois.

(27) Eben um einer solchen Praktik (wofür die welschen Advocaten im Teutoburger Walde die Zungen einbüßten) Dämme vorzubauen, sind die Proceßgesetze sanctionirt worden a): etwa so wie die Regierung einen allgemeinen Staatsmünzfuß einführte, um den trugvollen Barrenhandel sammt der labyrintischen Winkelmünzerey zu ersticken. Welche von beiderlei Absichten sehen wir glücklicher erreicht? —

(28) Dieser Zusatz ist gänzlich müssig: denn beide Begriffe sind correlat. Mit einer Befugniß ist die entsprechende Verpflichtung schon ebenso gewiß festgestellt, wie mit dem Lichte der Schatten, und mit der Herrschaft die Unterthänigkeit.

---

a) S. *Pigeau:* procedure des tribunaux de France. Paris, 1811. 4. im discours préliminaire: vergl. mit Montesquieu's esprit des lois B. VI. Cap. 2. und de Lolme's Constitution of England. Buch I. Cap. 10. ff.

schützen mit den Gesetzen des Vogelfluges: auch ohngefähr ebenso wandelbar und arbiträr sey, wie die Hand- und Kunstgriffe dieses Schützen.

Unmöglich kann man nun aber vom deutschen Proceß eine schiefere Ansicht geben, als diese, welche fast allein dem osmannischen (29) entspricht. In diesem hat nämlich, streng genommen, Niemand positive Zwangsrechte, als der Sultan, welcher, beliebig, beiden Parteien oder dem Cadi den Strang schicken kann, oder, zur Beschwichtigung alles Zankes, brevi manu, das objectum litis confiscirt.

Hat denn nicht die Proceßtheorie selbster ein ganzes Heer von Zwangsrechten zum Gegenstande; und ist nicht das Allerwenigste, von ihrem Inhalt, Sache des bloßen Gut- oder Besserfindens? (30) Immer hat es mir am schicklichsten gedünkt, den deutschen Proceßgang einem eisernen Geleise zu vergleichen, worein die Rechtssachen passen müssen, um nicht sogleich an der Schwelle perhorrescirt zu werden, und worin sie fleißig und ängstlich fortzuschie-

---

(29) S. J. v. Hammer's Staatsverfassung und Staatsverwaltung des osmannischen Reichs. Wien, 1815. Bd. II. S. 389.

(30) Dahin gehört z. B. die Anhängung oder Nichtanhängung einer reconventio simultanea an den Einrede-Vortrag, ferner die Auswahl zwischen den verschiedenen Beweis Gründen und -Mitteln, die Auswahl zwischen der Acten-Versendung oder Nicht-Versendung ꝛc. Allein täglich schrumpft dieses arbitrium noch mehr zusammen. Man denke nur z. B. an die Bestimmung des Badischen Landrechtes (Satz 1341) daß jede Vertragsverbindlichkeit, deren Werth 75 Gulden übersteigt (wenige Ausnahmsfälle abgerechnet), durch Zeugen unerweislich ist: und wären dieser Zeugen auch 50, und wäre jeder einzelne davon ein Cato!

ben sind, um zu ihrem Ziele zu gelangen. Dieses eiserne Geleise nun, bildet sich aber aus einer Unzahl von wechselseitigen Zwangrechts-Verhältnissen, worein Gerichtspersonen und Parteien gekeilt worden sind — worüber sie sehr wenig Abänderungsmacht besitzen — binnen welchen sie sich, ohne ein weites arbitrium, fortzubewegen haben.

Woraus ließe sich auch sonst ein menschliches und lebendiges Institut, das nicht aus Zimmerwerk und Steinen, sondern dem genialen Ausdrucke von Fries zufolge, aus Pulsschlägen und Leidenschaften, fest erbaut werden soll: woraus, frage ich, liesse es sich anders aufführen, als aus sanctionirten Rechten und Verbindlichkeiten? (31)

Wie würde ein boshafter (oder alberner, oder auch ein scharfsichtiger Richter sich oft streuben, den Handelsbüchern und dem juramentum suppletorium eines Hebräers zu glauben, wenn ihn nicht die Proceßlegislation zu diesem Glauben zwänge? In welch sybillinischer Unordnung würden wir manche Registratur sehen, wenn keine Entschädigungs- und Strafrechte dem Verwalter derselben drohten? Wie viele hundert Erbschaftskläger hätten nicht schon, nach einer 10- und 20jährigen Proceßdauer, gleich dem Esau, ihr Erstgeburtsrecht um ein Linsengericht losgeschlagen, wenn die separatio liquidi ab illiquido nicht, als processualisches Zwangsrecht, ihrem Heißhunger zu Hülfe gekommen wäre? (32) Wie manchem

---

(31) S. Fries (höchst reichhaltige Schrift) von deutschem Bund und deutscher Staatsverfassung. Heidelb. 1816. S. 57. ff.

(32) Wie viele barbarische Wucherer würden wohl verfehlen, die Executions-Instanz mit der Personalver-

geständnißscheuen Inquisiten wäre nicht schon mit Daumschrauben oder mit der berauschenden Flasche die Zunge gelöst worden, wenn kein wohlthätiges Annullations-Recht und keine Criminalstraf-Drohung wegen vis publica (33) den Aermsten vor diesen Waffen der Finsterniß schützte. Wie mancher abderitische Justitiarius endlich würde, verstandes- und kenntnißlahm, überlistet oder übertölpelt, von den vielhändigen Demonstrationen der Parteien, gleich jenem Balkenkönig der Frösche, schmählich und unbeholfen unterlegen seyn, wenn nicht der zwangsverbindliche Buchstabe der Proceß-Instruction seinen Verstand in spanische Stiefeln eingeschnürt und so dem Umdrängten noch eine gewisse Haltung aufgenöthigt hätte?

Doch ich habe wohl, für des Lesers Geduld, schon einen allzugroßen Anlauf genommen, um Martin's Scharfblick auf eine Wahrheit aufmerksam zu machen, die er nur aus Uebereilung verkannte: daß nämlich die Theorie der Rechts-Verfolgung nimmermehr, ohne grelle Unschicklichkeit, und ohne leidige Begriffsverwirrung, der Kenntniß der gedenkbaren Befugnisse und Verpflichtungen entgegengesetzt werden kann: indem sie selbst nichts anderes ist, als die Kenntniß von einer Masse von Befug-

---

haftung a) ihres Schuldners sogleich eröffnen zu lassen, wenn nicht ein wohlthätiges Zwangsrecht des Impetraten ihn meistens gegen diesen Geier-Kunstgriff provisorisch schirmte?

(33) S. v. Grolman's Criminal-Rechtswissenschaft. 3te Ausg. §. 231.

---

a) Um nämlich einen täglichen Lösegroschen, als Wuzins, zu erpressen.

nissen und Verpflichtungen: nämlich aller derer, die sich auf den Actus des gerichtlichen Geltendmachens von Rechten beziehen: oder, mit Einem Worte — der Proceßrechte.

Der Verfasser hätte demnach, meines Erachtens, diesen §. etwa so eröffnen sollen:

Kein Recht ist seinem Besitzer (sey er nun der Staat oder eine Privatperson) anders interessant, als inwiefern er es geltend machen kann. Da nun, soweit die Rechts-Polizeiveranstaltungen (z. B. Bevormundung der Pupillen, Einsperrung der Wahnsinnigen, Schaarwachen, Schub ꝛc.) nicht hinreichen (34) dieses Geltendmachen (35), mit

---

(34) Dieses widerwärtig reichhaltigen und eingezwängten Zwischensatzes bedürften wir nicht, wenn Martin der so sehr wichtigen Antithese von Rechtspolizei (Rechtspflege) und Judicatur (Justiz im engeren Sinne) einen eigenen §. hätte widmen wollen. Es wäre dieß um so wünschenswerther, ja nöthiger gewesen, da unser deutscher Concursproceß — wie H. v. Grolman a) vortrefflich nachgewiesen hat — offenbar ein mixtum compositum aus beiderlei Instituten, der Rechtspflege b) und der Judicatur, ist. Ohne Zweifel ist sie die andere, ergänzende Hälfte der praktischen Jurisprudenz. Am weitesten hat sie, im Reiche der Wirklichkeit, auf Kosten der Judicatur um sich gegriffen im alten Creta und Sparta, im Jesuitenstaat in Paraguai, in der christlichen Mönchswelt und unter den Herrenhutern; im Reiche der Träume aber vor Allen in Platons Republik. Sehr geringe Wurzeln hat sie (leider!) im alten Rom geschlagen.

(35) Statt dieses ohrverletzenden Wortes sey es mir vergönnt, von nun an, das Wort: Verfechten zu gebrau-

---

a) im §. 246. der 3ten Aufl. seiner lichtvollen Theorie des gerichtlichen Verfahrens.

b) Am schmerzlichsten erfahren dieß (nach der Particular-Praxis eines mir bekannten Landes) solche Untertha-

Abrechnung weniger Ausnahmsfälle, unserer deutschen Staatsverfassung zufolge, nur durch das lebendige Vermittelungsorgan der Gerichtshöfe und (gleich einem regelfesten Duell oder Turniere) nach einer bestimmten, dem Tumult entgegengesetzten, Legal-Ordnung (36) bewirkbar ist; so muß uns die Theorie derer Gesetze, wodurch die Einrichtung der Gerichtshöfe und die Ordnung alles gerichtlichen Verfahrens normirt werden, ebenso interessant seyn, wie die Theorie jener ersteren Rechte. Sie verhält sich wie die Chirurgik zur Helkologie, wie die Homiletik zur Christen-Ethik, wie die Dramaturgik zur Aesthetik, wie die Theorie der Mittel zur Theorie vom Zwecke.

---

chen. Es scheint mir noch am leidlichsten auf die Rolle des Inquirenten oder Anklägers, wie des Angeklagten oder Inquisiten, und auf die Rolle des Klägers wie des Beklagten, zu passen.

(36) Es versteht sich, daß ich dieses Wort hier in einem sehr weiten Sinne nehme: und namentlich so, daß es auch die Voraussetzungen und Bedingungen (z. B. persona standi in judicio, procuratela, Stempelpapier ꝛc) worauf Martins §. 2. hindeutet, in sich schließt. Die juristische Terminologie rechtfertigt diese Ausdehnung mehr als genügend.

---

nen (besonders Bauern), die in die Verlegenheit des Geldmangels gerathen: denn dauert diese nur einige Monate lang, so wittert die sportelgierige Justizpolizei schon einen concursus materialis und stürzt sich obsignirend, inventarisirend und liquidirend über den Unglücklichen her.

IV.

Wem wird durch den Proceßgang geholfen?

(§. 2.)

Martin sagt, daß die Proceßtheorie uns lehre: »wem und gegen wen ein deutscher Staat (37) »seine Hülfe, zur Verfolgung des verletzten »Rechtes, zusichere.«

Dieß ist eine Angabe, wogegen die gesunde Logik, nach vorangegangener politisch-juristischer Erwägung der mannigfaltigen Rechte, welche durch den Richterarm geltend zu machen sind, offenbar protestiren muß. Allerdings nämlich ist zwar in Martins Angabe auch jede solche Rechtshülfe begriffen, welche ein deutscher Staat, den Privaten oder auch anderen Staaten, gegen ihn selber verheißt (wie z. B. einem Militär-Sättel-Lieferanten, der seinen Kaufpreis noch an die Kriegskasse zu fordern hat, oder einem Gastwirthe, dem, zum Behufe

(37) Daß dieser Ausdruck zu einseitig sey, ist gezeigt worden in der U. Nr. I. Not. 6.

von Festungsbauten, vi dominii eminentis, seine Schenke abgerissen worden ist, oder dem auswärtigen Fiscus eines neutralen Staates, der unsere durchmarschirenden Kriegsgefangenen alimentirt hat): denn der Staat, das heißt die Gesammtheit (universitas) einer bürgerlichen Gesellschaft, steht offenbar, als verschiedenartige persona individua moralis, jeder Privatperson aus seiner eigenen Mitte, sowohl als jedem auswärtigen Staate, gegenüber; und kann denselben daher sehr füglich und vernünftig Hülfe zusichern. Nimmermehr geht hingegen Martins Angabe auch auf diejenigen Rechte, welche der Staat, als seine eigenen, täglich und stündlich, gegen Unterthanen aus seinem Schooße, so wie gegen auswärtige Staaten, gerichtlich geltend macht (z. B. wenn er als Domänen-Inhaber die actio negatoria gegen eine angrenzende Dorfgemeinde anstellt, oder wegen des streitigen Zehntrechts die actio confessoria utilis gegen einen Bauern erhebt, oder wegen einer böslich übergebenen Festung, gegen deren gewesenen Commandanten, auf Hochverrath inquirirt, oder, zur Aufrechthaltung der Moralität, den Lebenswandel und die Nahrungsquellen buhlender Bad-Nymphen polizeilich untersucht ꝛc.) Ich sage: nimmermehr befaßt Martins Angabe auch diese eigenen Rechte des Staates selber: denn er müßte sonst sagen: daß der Staat diese Rechte sich selber zusichere. Sich selber aber etwas zusichern, ist eine Albernheit (38), ein Unsinn. Man kann sich wohl selbst einer Sache versichern; aber sich selber etwas zusichern, kann der beson-

(38) maiserie.

nene Menschenverstand sowenig als seines eigenen Leibes Backen einen Streich zudenken (39).

Das Compendium hätte mithin, statt der oben angeführten Worte, ohngefähr so sprechen sollen: die deutsche Processtheorie lehrt, welcherlei und wessen Rechte durch die deutschen (40) Gerichtshöfe geltend zu machen seyen (41).

V.

Was lehrt unsere Proceß-Theorie in Hinsicht der Subjecte des Processes? (§. 2.)

Den Worten unseres Compendii zufolge, stellt die Proceßtheorie die besondern Rechte und Pflichten der an derselben (scilc. gerichtlichen Hülfe) Theil nehmenden Personen dar, welche eben aus dieser Theilnahme entspringen.

Gingen wir hier nun auf eine Formal-Kritik von Martins Lehrbuch aus, oder verschmähten wir, pedantisch, die weise Maxime: in verbis simus faciles; so

---

(39) Fast sollte man sich hier an Münchhausen erinnern, der sich an seinem eigenen Zopf aus dem Sumpfe zog.

(40) Auch die deutschen Consistorien sind deutsche Gerichtshöfe!

(41) Dieses „seyen" befaßt das Können und das Müssen — die Möglichkeit, und die Nothwendigkeit — zugleich!

wäre, an dieser Stelle, ein zweiseitiger Fehler gegen die juristische Kunstsprache zu rügen — der vielleicht sogar mehr als ein Sprachfehler heissen dürfte. Einmal nämlich ist es eine wahrhaft halsbrechende Synekdoche, mit dem Ausdruck: gerichtliche Hülfe, den gesammten Proceßgang bezeichnen zu wollen. Wie kann man zum Beispiel, ohne den widerwärtigsten Zwang, vom Advocaten (42) einer klägerischen oder beklagten Stadtgemeinde sagen, er nehme an der gerichtlichen Hülfe Theil? Wie denkt man sich mit einiger Klarheit die Theilnahme eines Registrators — eines Archivars bei dem Act der gerichtlichen Hülfe, der zunächst doch nur ein Act der speciellen Executions-Instanz ist? (43)

Zweitens will, so dünkt mir, der Ausdruck: »er nimmt an der gerichtlichen Hülfe Theil« gar schlecht auf den Deliquenten in der Criminal-Executions-Instanz passen: z. B. auf den zu brandmarkenden Stellionatar, auf den Dardanarius, dessen Mehlvorräthe man confiscirt, oder gar auf den Deserteur, welchen man zusammenschießt. Solche Unglückliche sind der Gegenstand, aber nicht die Theilnehmer(44) der gerechtlichen Hülfe: (45)

---

(42) Zumal wenn ihm das Tribunal, wegen verübter Calumnien, seine Deserviten streicht ꝛc.

(43) Wo der Gerichtsdiener meistens die Hauptrolle spielt.

(44) Man müßte denn nur etwa sagen: „ihre Theilnahme besteht in ihrer Passivität.“ Allein darauf erwidern wir: „Aus dieser Theilnahme entspringen wenigstens keine Rechte und Verbindlichkeiten.“

(45) Wollte man einwenden: die Hülfe des Gerichts besteht für sie darin, daß sie durch eine solche methodische

und doch stehen sie noch, bis zum letzten Moment der Execution, in processualischen Rechtsverhältnissen.

Allein wenn wir, wie billig, von dergleichen Verstößen gegen die Form auch absehen wollen, so erscheint obige Stelle unseres Compendii doch fast noch unstichhaltiger in Hinsicht ihres Inhaltes.

Nimmermehr begnügt sich nämlich unsere Lehre von den Subjecten des Processes mit der Darstellung der, aus der Theilnahme dieser Subjecte am Proceßgang, entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten; ja noch mehr: sie kann und darf sich nicht damit begnügen. Noch ehe von einem Recht aus dieser Theilnahme die Sprache seyn kann, erhebt sich nothwendig die Frage: 1) nach einem etwaigen Recht oder einer etwaigen Verbindlichkeit zu dieser Theilnahme; und dann erst noch 2) nach der Natur und dem Umfange dieser Theilnahme.

Diese beiden Präliminarfragen sind in höchstem

---

und legale Bestrafung gegen die grausamere Privatrache geschützt werden, so würde ich mich auf alle künstlich gestempelten Verbrechen (delits factices) berufen, die keines Privaten Haß erregen, z. B. das Duell eines Verhöhnten, den sein Verhöhner noch obendrein verläumdet hat, und Taback-Einschwärzen zum Nachtheil von des Fiscus das Tabacks-Regie. — Spricht man mir hingegen vor: daß die gerichtliche Strafe den Deliquenten vor der herberen Verfolgung des Regenten schützt; so erwidere ich: daß die, so oft erfolgende Begnadigung des Regenten (z. B. in Fällen des Kindermords, der Refraction ꝛc.) diese Behauptung (welche ohnehin ungebürlich aussieht) als Lüge darstellt.

Schlimm genug, daß es Verbrechen gibt, bei deren Bestrafung Niemand applaudirt als eine verkehrte Theorie der Staatswissenschaft: während die Humanität ihr weinendes Auge davon abkehrt!

Grade wichtig und ihre Beantwortung durfte daher von Martins Lehrbuch, sowenig wie von irgend einem seiner Vorgänger-Compendien, umgangen werden.

Nicht weil er im Besitze des Kirchenrichteramtes ist, muß der Bischoff im Cölibate leben, sondern, um dieses Amt zu erlangen, muß er, gleichsam schon jenseits der Propyläen, die Pflicht des Cölibates übernehmen. Nicht aus des Bischoffs Theilnahme an der kirchenrichterlichen Hülfe entspringt seine Pflicht, einer gehörigen Appellation an die Rota romana zu deferiren; sondern in dem Wesen seiner Theilnahme liegt es, daß sie der Theilnahme jenes servi servorum subordinirt ist.

Nicht aus Martins advocirender Theilnahme an Civil-Processen in Baden, entsprang sein Rechts-Verhältniß der juridischen Doctor-Würde, sondern vielmehr aus seinem juridischen Doctor-Recht entsprang ihm erst die Möglichkeit jener advocirenden Theilnahme; und nicht aus jener Advocaten-Theilnahme entsprang seine Pflicht, sich empörender Anzüglichkeiten gegen den Richter zu enthalten, sondern in der Natur seiner Advocaten-Theilnahme lag die (allem Hohn scheitelrecht entgegenstehende) Pflicht der Ehrfurcht vor dem Richteramte und vor dessen Repräsentanten.

Nicht aus der Theilnahme des Zuchthausverwalters X. am Criminalprozeßgang, entspringt sein Rechts-Verhältniß, daß er majorenn seyn müsse; sondern nur weil er die Majorennität erstiegen hatte, konnte X. an die Erlangung seines Verwalter-Amtes denken; und nicht aus jener Theilnahme entspringt erst sein Recht, einen rebellirenden Züchtling mit dem Farrenschweife zu

beschwichtigen, sondern vielmehr, mit der Natur seines Verwalter-Amtes ist auch unumgänglich und sicher dieses momentane Beschwichtigungsrecht festgesetzt. Ein Amt ist ein hohler Name — Wortschall. Die Rechtsverhältnisse (in Summa), worin sein Inhaber, als solcher, steht, sind nicht Consequenzen aus dem Amte, sondern sie sind die integrirende Ingredienzen des Amtes: — sie sind das Amt selbst. Davon verschieden sind aber noch, handgreiflich, die persönlichen oder nicht persönlichen (z. B. Cautionsstellung, Kaufpreiszahlung), Bedingungen, woran der Staat des Amtes Erlangung knüpft, und die daher dessen Candidat zu erfüllen hat.

Es hätte mithin, wie mir scheint, das Compendium etwa so sprechen sollen: die Proceßtheorie lehrt auch die sämmtlichen Rechts-Verhältnisse (40) der, auf irgend eine Weise, am Proceßgange participirenden Personen: inwiefern jene Rechts-Verhältnisse sich nämlich auf den Proceßgang beziehen.

---

(46) Dieser Ausdruck befaßt die Rechte wie die Verbindlichkeiten: und zwar die publicistischen wie die civilistischen.

VI.

Was müßte eine Umarbeitung von Thönnikers advocatus prudens enthalten? (§. 2.)

Wie sehr oberflächlich auch meine Bekanntschaft mit Herrn Thönniker und seinem Noth- und Hülfsbüchlein, genannt: advocatus prudens in foro civili, vor der Hand noch ist; so bin ich doch dreist genug, auf Martins Wort, zu glauben, daß dieses Büchlein wesentlicher Verbesserungen empfänglich und bedürftig — ja wobl auch höchst leicht zu verbessern sey. Hingegen für eine Verläumdung muß ich es, kraft meines Glaubens an die gigantische Perfectibilität des Menschen- und somit auch des Büchergeschlechts, halten, wenn mein Gewährsmann sogar behauptet, daß bloße gelegentliche Klugheitsregeln, in Beziehung auf diese Art (47) der Rechts-Verfolgung, einen verbes-

(47) Welche Art? Der Verfasser kennt ja (die wenigen Selbsthülfsfälle abgerechnet) keine andere Art der Rechts-Verfolgung, als die processualische a). Meinte er folg-

a) Vergl. oben Nr. I. bei Not. 12.

ferten advocatus prudens leicht, ja sogar am leichtesten ersetzen könne.

Was läßt sich nicht Alles von einer verbessernden

---

lich überhaupt alle gerichtliche Rechts-Verfechtung, so durfte er wohl von keiner „Art“ derselben sprechen. — Oder wollte er diejenige Rechts-Verfechtung bezeichnen, woran Rechte und Verbindlichkeiten habende Personen Theil nehmen? Dann durfte er ebensowenig von einer bloßen „Art“ sprechen: denn ich kenne überall keine andere. Wollte er die Rechts-Verfolgung durch Advocaten andeuten, im Gegensatze jeder andern? Dann mußte er die Advocaten deutlich und bestimmt nennen: was er nicht gethan. Oder wollte er (was freilich die wahrscheinlichste Deutung ist) alle gerichtliche Rechts-Verfechtung, im Gegensatze der Selbsthülfe, bezeichnen, dann kömmt ihm ein doppelter Hauptfehler in der Darstellung, zu Schuld: erstens nämlich ein Unterlassungsfehler a): daß er im ersten §. die Selbsthülfe, als die eine Hauptart aller Rechts-Verfolgung, nicht auf das Kräftigste in antithetisches Licht gestellt hat, statt nur im Vorübereilen wie mit der Blendlaterne auf sie hinzuleuchten b); und zweitens ein Begehungsfehler: indem er sagt: daß ein verbesserter advocatus prudens in foro civili ohngefähr äqual mit jenen, im Text verheißenen, Klugheitsregeln für die processualische Rechts-Verfolgung sey. Diese Behauptung ist schielend: denn einmal müßten sich jene Klugheitsregeln auch auf den Criminal- und Polizei-Proceß beziehen, wovon doch unser advocatus prudens in foro *civili* nicht handelt, und zweitens müßten sie (Martins Wort: Rechts-Verfolgung aufs Engste interpretirt!) auch in specie den inquirirenden Criminal- und Polizei-Richter unterweisen (der nämlich nach Nr. I. Not. 6.) des Staates Rechte verfolgt: während sich Thönniker bloß der Advocaten annimmt.

Doch — ich bitte den Leser wegen dieser Formalkritik um Verzeihung!

---

a) Zum Theil ist er freilich auch ein Commissivfehler.
b) Er thut dieß durch den parenthetischen Ausdruck, „in der Regel kein anderer.“

Umarbeitung erwarten? Eine verbesserte Umarbeitung von Bousquet Delaporte, Locré etc. heißt Commentar über den Code N. von Grolman, ein umgearbeiteter Scepticismus florirt als Vernunftkritik, eine Umarbeitung der Feudalanarchie grünt als heutige Verfassung Frankreichs, eine unendlich verbesserte Umarbeitung des Judenthums, blüht als Christianismus. — Allein, wenn wir auch nicht länger Kleines mit Großem vergleichen wollen; so scheint mir in dem ganzen Litteraturfache, wozu auch unser Compendium gehört, nichts handgreiflicher zu seyn, als folgende beiden Sätze:

1) daß eine umfassende und geistreiche Hodegetik für angehende Advocaten ein ebenso wünschenswerthes als wohlthätiges Werk sey;

2) und daß eine solche Hodegetik, wie sie weiland Herr Johann David Thönniker wirklich zu liefern unternahm, weit mehr enthalten müsse, als solche beiläufige Klugheitsregeln in Beziehung auf die Rechts-Verfolgung: wie die starre Proceßtheorie sie liefern dürfte.

Was liesse sich nämlich von einer solchen — beinahe möcht' ich sagen, Kamaschen-Taktik erwarten? Sie wird, z. B. bei Gelegenheit der legalen Advocaten-Pflichten wohl allerdings die, sehr richtige Regel aussprechen, daß man, schon aus Klugheit, vor der Betretung des Proceßweges, erst einen Vergleich zu stiften versuchen müsse: »indem z. B. der Ausgang der Pro»cesse äußerst häufig ungewiß und, auf jeden Fall, mei»stens entfernt und kostspielig sey: so daß das Volks»sprichwort: Magerer Vergleich ist besser als fetter Pro»ceß: sich gewöhnlich wahr erfinde; auch der Advocat

»nicht vorher absehen könne, wie ihm des jetzigen Geg»ners Freundschaft künftig zu nützen vermöge ꝛc.« — Schwerlich aber wird sie lehren a) aus welchen Indicien der Advocat im Voraus, die Grade der Möglich»keit, Wahrscheinlichkeit, Nützlichkeit oder Nothwendig»keit eines solchen Transactes zu ermessen fähig sey; b) durch welche Mittel die verschiedenen Stände (Bauern wie Bürger, Staatsdiener wie Land-Edelleute) die verschiedenen Geschlechter, die verschiedenen Gewerbe (der Groß-händler wie der Krämer, der Künstler wie der Handwerker) die verschiedenen Charaktere (der Geitzige wie der Enthusiast, der Pedant wie der Windbeutel), und vorzüglich die verschiedenen Steuerclassen (der goldflimmernde Lumpe wie der lumpenstolze Goldhamster) zu einem projectirten Vergleiche zu bewegen stehen: es sey nun zu einem Vergleich in Ehesachen oder in Erbschaftshändeln: bei Ganten wie bei Injurien: bei Einkindschaften wie bei der Lehnsscheidung vom Allod; c) und ebensowenig wird sie andeuten, wie man, mitten im Eifer einer solchen Friedensstifterei, dem Verdacht einer Wolsey- d'Amboise-schen Prävarication ausweichen könne.

Ferner wird z. B. jene Taktik, bei Gelegenheit der Lehre vom Klaglibelle, die weise Maxime an die Hand geben, daß man der Erzählung des Klaggrundes ja keine Relation von den vorangegangenen außergerichtlichen Differenzen mit der Gegenpartei, und von den vergeblichen Bemühungen, deren Weigerungs-Scheingründe niederzuschlagen, voranschicken müsse: indem sonst ein alberner Richter diesen Niederschlag vielleicht mit zu unserem fundamentum agendi zählen möchte. Nimmermehr

aber wird sie Fingerzeige geben, wie man zugleich diese Klippe vermeiden, und doch auch die zwei weiteren Hauptzwecke erreichen könne: a) einmal, durch eine Schilderung vom gegnerischen Unrechte, sogleich im Klaglibell den favor judicis (qui est potior jure!) zu gewinnen, und b) dann auch dem Beklagten hier in limine judicii, wo der Ernst beginnt, anzudeuten, Wessen er sich zu uns, auf den Fall von Umtrieben, Schikanen und Lügen ꝛc. (50) versehen dürfe.

---

(50) Unter tausend Klägern ist höchstens einer, welcher wünscht, daß sein Proceß nur methodisch gewonnen werden möge: das heißt, nachdem die ganze, so dröhnend und verzweifelt schwerfällige Maschinerie unserer Civilprocedur bis auf das letzte Knarren abgelaufen ist. Alle übrigen 999 belohnen (in Wort oder That) den Advocaten doppelt, wenn er mit dem ersten Ueberfalle Krieg und Sieg vollendet.

Die Motive dieser gedoppelten Dankbarkeit gibt Montesquieu a) an, wenn er sagt: „Die Justiz muß ebenso „prompt seyn als unbestechlich. Oft liegt die Ungerechtigkeit „nicht im Urtheile sondern im Verzuge. Unserer gegenwärtigen Verfassung nach, erscheint die „(sonst vorübergehende)“ „Rolle einer Proceßpartei als ein wahrer Stand; ein „Stand, den man im Titel führt. Man verliert diesen Titel selbst im Grabe nicht: er geht auf die Nachkommenschaft über: er pflanzt sich fort von Enkel auf Enkel: bis „zum endlichen Untergang einer unglückseeligen Familie. — „Armuth scheint die unzertrennliche Gefärthin dieses betrübten Standes und Titels zu seyn. Die gewissenhafteste Justiz macht überall von solchen Widerwärtigkeiten nur einen Theil wieder gut; „und dahin ist es gekommen, daß die Formalitäten, „welche zu Dämmen der bürgerlichen Ordnung be-

---

a) Discours prononcé à la rentrée du parlement de Bordeaux (in seinen Oeuvres mélées et posthumes. Paris, 1807. Bd. II.)

Sie wird endlich, um die Zahl unserer Beispiele zu schließen, bei Gelegenheit der Theorie von den Klaglibellen (Implorationen) im summarischen Proceßgange, nicht versäumen, zu warnen, daß man mit einer Klage die sich zum Executivproceß eignet, keine solche cumulire, die höchstens zum bedingten Mandatsprocesse qualificirt ist. Hingegen von den Kunstgriffen, wodurch der Advocat des Klägers, lange hinter der Entstehung des Klagfundamentes her, sich in den ihm mangelnden Besitz von solchen Papieren, auf welche die Einleitung der Exe-

---

„stellt sind, den einzelnen Bürger zermalmen. Die Betrieb-„samkeit in Gerichtshöfen ist zu einem Glücksquell geworden, „gleichwie das Landbau- und Handelsgewerbe; die Plusma-„cherei b) versäumte nicht, über diesen Weideplatz her-„zufallen, um wetteifernd der Schikane den Ruin einer hülf-„losen Proceßpartei streitig zu machen."

---

b) Ohne Zweifel versteht *Montesquieu* unter dem Ausdrucke maltôte hier das überschwengliche Sportel- und Stempelwesen, denn bloß allein die französische Stempelauflage trug, nach Arthur Youngs Zeugniß, ohngefähr 2½ Millionen Livres ein. S. *Monthion:* quelle influence ont les divers espèces d'impôts sur la moralité etc. Paris, 1818. S. 170. ff. Vergl. mit Le-Trosne: Lehrbegriff der Staatsordnung, übersetzt v. Wichmann. Leipzig, 1780. S. 325. ff.

Christian des impositions et de leur influence sur la prospérité publique. Paris, 1814. S. 94. ff.

der Charakterzeichnung der Politik aller Staaten der Erde: bearb. von mir. 1820. Cap. XIV.

und den unschätzbaren Erörterungen des Grafen von Soden hierüber in §. 286—96. seiner Staats-Finanzwirthschaft (der Nat. Oeconomie Vtem Bande.) Leipzig, 1811.

cutivprocedur bedingt ist, zu setzen — entweder ohne den Willen oder gar wider den Willen der Gegenpartei zu setzen, verstehen muß, — davon wird und kann die, von Martin uns verheißene, Hodegetik schwerlich ein befriedigendes (51) Wort enthalten.

Stellen wir also den Maaßstab für einen zu reformirenden advocatus prudens in foro civili ja nicht allzu kleinlich auf! Ehrenwerthe Beiträge dazu, mögen unter anderen auch die, vom Compendio versprochenen beiläufigen Klugheitsregeln enthalten; und sehr geniale Beiträge finden sich auch in dem inhaltschweren Buche: Welt und Zeit, ausgestreut; aber das Werk selbst (— wahrlich ein desiderandum opus!) dürften wir erst dann zu sehen hoffen: wenn unsere Gönner, Jassoy und Ruppenthal sich dazu anschirren möchten (52).

---

(51) Ich sage nicht: ein erschöpfendes Wort: denn eine erschöpfende Norm für alle Constellationen ist in der moralischen Welt noch unmöglicher als in der physischen: sie ist aber auch ebenso unnöthig als unmöglich. Wer aus Montaigne's Versuchen nicht die Lebensweisheit, aus Machiavelli's Principe nicht die Unterjochungskunst, aus Jean Paul's Aesthetik nicht die Ermessung des poetischen Geschmacks und Genie's, und aus Knigge's Menschenumgang nicht — Verachtung des Menschenumgangs à la Knigge, erlernt: wie unendlich unvollständig alle diese 4 Meisterwerke auch sind: — der mag nur bald auf diese Studien verzichten. Wem das Augenlicht fehlt, der wird sich auf einer Specialcharte noch weniger zurecht finden als auf einer General-Postcharte; der Sehende sieht nur den Heerstraßenzug an: um sogleich auch die abkürzenden Fußsteige zu ahnen.

(52) Hat je der Inhalt eines Buches den Leser des Titels getäuscht, so sind es die Lettres sur la profession

VII.

Was versteht Martin unter unbestrittenen Rechtsgeschäften? (§. 2.)

Schon oben (S. 7. u. 8.) haben wir gesehen, wie unser Compendium unter Rechts-Verfolgung sich überall nur diejenige denkt, welche durch das Tribunal der jurisdictio contentiosa bewirkt wird, und wie es daher von seiner judiciellen Verfolgungs-Theorie (Proceß-Theorie) die Lehre von der gesammten Rechtspflege oder Justiz-Polizei oder Verhütungs-Justiz ausschließt. Daß M. dieß Letztere nun thun wolle, sage er uns jetzt erst, in

---

d'Avocat, par *Camus*. (III. Edit. Paris, 1805. 2 Vol. a). Wo wäre in der juristischen Literatur ein Buch zu finden, das dem Anfänger die unbezahlbaren Dienste leistete, wie dem Candidaten der Kanzel Reinhard's Geständnisse, oder dem Diplomaten die (Woltmannischen) Memoiren des H. v. S—a?

---

a) Wie verdienstlich das Werk auch, in encyclopädisch-literarischer Hinsicht ist. Vergl. K. S. Zachariä's Handbuch des franz. Civilrechts. Heidelberg, 1811. Bd. I. S. CXXXIX.

den Schlußworten dieses §., selber. Allein er sagt es mit einem Ausdrucke, der seinem Begriffe (vorausgesetzt daß er den richtigen Begriff hegte) überall nicht entspricht.

Einmal nämlich ist zu bedenken, daß die Justizpolizei (53) ebensosehr die Verhütung von Verbrechen wie von privatrechtlichen Läsionen zum Zwecke hat, und daß z. B. namentlich die Einrichtung von Arbeitshäusern und von Wanderbüchern der Handwerksgenossen, zur criminalistischen Justizpolizei gehört. Wem ist es nun aber jemals eingefallen, die Druckerei-Einrichtung solcher Wanderbüchlein oder den Geschäftsbetrieb in einem solchen Arbeitshause — »die Behandlung eines Rechtsgeschäftes« zu nennen?

---

(53) Mit der Justizpolizei verwechsle man ja nicht die schlechthin sogenannte Polizei! Und was die Polizeivergehen betrifft, so verlieren diese, im Auge des Politikers, dadurch daß sie von der Polizei-Behörde tractirt werden, (statt theils vom Criminalrichter, theils vom Civilrichter!) ihre einerseits publicistische (z. B. die culpose Feuersgefahrstiftung) andrerseits aber civilistische (z. B. Bierverkauf trotz dem Bierzwang eines Anderen!) Natur nicht a).

---

a) Siehe L. H. v. Jakob's Grundsätze der Polizei-Gesetzgebung und der Polizei-Anstalten. Charcow und Halle, 1809. 2 Bde. 8. und

F. G. v. Soden: die Staatspolizei (der National-Oeconomie. VIIter Bd.) Aarau, 1817. §. 33. ff.

C. J. Bonnin's principes d'administration publique (IIde Edit. Paris, 1809.) vergl. mit L. v. Vinke's Darstellung der inneren Verwaltung Großbritanniens. S. 26. ff.

und P. Colquhoun's Polizei von London: übersetzt von Volkmann. Leipzig. 2 Bde.

Zweitens hat Martin, wenn wir, ihm zu Ehren, unter der fraglichen Rechtsgeschäfts-Behandlung, auch den gesammten Rechtspolizeigang verstehen wollen, hier doch einen weiteren gedoppelten Verstoß begangen:

a) indem er durch das Wort »Behandlung« (der Rechtsgeschäfte) zu dem, schon oben (55) von uns bezeichneten, Wahn verleitet, als ob diese Behandlung durchgängig auf willkürlichen, nur durch Klugheit zu bestimmenden, Regeln beruhe; während doch auch hierin, im civilisirten Deutschlande, dem Verfahren, soweit als möglich, strenge Zwangsnormen durch die Gesetze vorgezeichnet liegen: dergestalt, daß die beiden Choryphäen unsres Processes, von Grolman (56) und v. Gönner (57) in diesem normirten Verfahren ein Analogon der Civilprocedur erkennen mußten — und ihm sogar den Namen eines Processes (58) gaben.

b) noch mehr aber, indem er bloß von der »Behandlung« spricht: uneingedenk, daß auch hier die juristische Charakteristik der Subjecte, von denen diese Behandlung ausgeht: (namentlich z. B. der Notarien und hauptsächlich der Rechtspolizeiämter nach ihrem gan-

---

(55) S. 15—17.

(56) S. Dessen Theorie des ger. Verf. in bürgerl. Rechtsstreitigk. §. 2. Not. 1.

(57) S. Dessen Handbuch des gemeinen d. Processes (2te Aufl.) Bd. I. Nr. 5. §. 5.

(58) Und ohne Legal-Norm des (gerichtlichen) Verfahrens läßt sich sowenig ein deutscher Proceß denken, als eine heutige Festungsbelagerung ohne Rücksicht auf die Axiome der Mathematik.

zen Organismus:) der Analogie unserer Proceß-Theorie nach, gefordert und erwartet werden muß (59).

Drittens endlich kann, selbst abgesehen von den Gegenständen der criminalistischen Rechtspolizei, für die Angelegenheiten der sogenannten jurisdictio voluntaria (i. e. civilis) kein Prädicat wohl unpassender seyn, als das der »unbestrittenen«. Ueber welch zahllosen Ehestiftungen, Einkindschaften, Erbtheilungen, Häuserauflassungen, Leibzuchtsverträgen, Testamentificationen ist schon giftiger, unsterblicher Hader erwachsen; ja, noch mehr, wie viele Erbtheilungen, Inventarisationen, Taxationen, Auctionen, Vermögensübergaben, Mutschirungen ꝛc. sind, gleich den Medicamenten der Medea, unter Zank und Fluch, im Hexenkessel der Justiz zusammengekocht worden: um neuen Zank und neuen Fluch zu entzünden? — Einen weit besseren Ausdruck hat Herr v. Massow am angeführten Orte gebraucht: indem er diese Rechtssachen »nicht-streitbare«, nennt: denn was streitig ist — kann darum noch immer nicht — streitbar seyn! Doch noch besser! denn ich hätte diesem vortrefflichen Schriftsteller beinahe Unrecht gethan: — er nennt nicht diese Rechtssachen selbst, unstreitbare, sondern spricht

---

(59) Herr v. Trützschler hat in seiner, übrigens vortrefflichen Anweisung zur Abfassung rechtlicher Aufsätze, insonderheit über Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit: wie schon aus dem Titel hervorgeht, dieser Forderung nicht entsprechen mögen; um die preußischen Staaten aber hat sich auch insofern höchst verdient gemacht:

Herr v. Massow, durch seine Anleitung zum praktischen Dienst ꝛc. für Referendarien und Justizbediente. Berlin, 1792. 2. Bde. 8.

nur von Geschäften der nicht-streitbaren Gerichtsbarkeit. Dieß scheint denn auch mir unmaaßgeblich die erträglichste Uebersetzung des Prädicates extrajudiciell oder unprocessualisch zu seyn — wenn denn doch Alles übersetzt werden muß, was, unübersetzt, verständlicher ist!

Das Resultat dieser kleinen Untersuchung ginge mithin dahin: daß Martin, statt der bestrittenen Worte, vielmehr etwa so hätte sagen sollen:

»allein sie befaßt nicht die Theorie von den Behörden und von den Procedurnormen der Rechtspolizei, und in specie nicht die Lehre von den Geschäften der sogenannten jurisdictio voluntaria« (60).

---

(60) Dieses Beiwort »voluntaria« soll offenbar den bloßen Gegensatz von contentiosa vorstellen; ist aber (sein Name sey welcher er wolle a)) offenbar von einem Stümper ersonnen worden. Entweder nämlich soll das Prädicat der Willkürlichkeit hier

1) dem Justizbeamten zugeschrieben werden: allein dieser steht hier stärker unter dem Zwange als in Cv. Proceßsachen: denn hier gilt der Grundsatz: wo kein Kläger ist — da feiert der Richter; dort aber (z. B. bei Bevormundungen) muß er oft unaufgerufen Hand anlegen;

2) oder den Interessenten: aber (zu geschweigen daß eine solche Freiwilligkeit weit mehr dem Kläger — ja sogar auch dem Beklagten — im Civilprocesse nachzurühmen wäre) ist vielmehr, im Gegentheil, der Interessent hier in einer Zwangspassivität (z. B. bei einer Inventarisation oder der Vormundsbestellung pro ventre);

3 oder endlich dem Verfahrensgange mit Inbegriff der richterlichen Endverfügung: allein gerade hier ist der Beamte oft der marionettenartigste Sclave der Form! Man erin-

---

a) unseren Antiquitätenkrämern, die auch den Ursprung des Ausdrucks dominium *utile* glücklich ausgewühlt haben, bleibe die Ehre, ihn aufzuspüren!

VIII.

Deutschland, der französische Proceß und Martin. (§. 3.)

Mit einem sarkastischen Seufzer sehen wir hier (61) unseren Verfasser bemerken: wie in Deutschland noch jetzt, hie und da, der französische Proceß gelte. Eine grellere Inconsequenz als diesen Seufzer kenne ich bis heute noch nicht. — Warum ist dieser Proceß für Deutsche, und zwar für sehr gebildete Deutsche, giltig

nere sich nur an die Wechselprotestation und die Exemplification der Urkunden b).

b) Ich hoffe nicht, daß man etwa die Freiwilligkeit darin suchen wolle: „daß der Beamte (als Sclave seiner Pflicht!) hier unaufgerufen ins Werk schreite, während er im Civilproceß die Klage abwarten muß.“ Der Notar, der ein Testament aufnimmt, und der Stadtschreiber, welcher einen Ehecontract oder einen Erbvertrag protocollirt, oder ein Hypothekenrecht inrossirt, greift wahrlich nicht wie ein deus ex machina zur Feder: es wäre denn, daß man sich unter diesem deus gleichfalls eine Art von Maschine, etwa wie den Fuchsschwanz in Heidelbergs Hofnarren-Uhr, dächte!

(61) Note h.

geworden? Weil sie ihn adoptirt haben (62). — Warum gilt er noch jetzt unter Deutschen? Unter anderen auch darum, weil sie ihn als das Palladium (63) ihres Verkehrs — ihres Wohlstandes betrachten und sich fast eher plündern lassen als seiner entrathen mögen.

Warum gilt der, größtentheils alt- und neurömische Proceß, als universeller im übrigen Deutschland? »Weil ihn die Deutschen weiland (64) adoptirt und zum »Theil bis jetzt noch nicht wieder abgeworfen haben.« Warum aber haben sie ihn noch nicht abgeworfen? »Weil (antwortet Martin (65)) wir ihn nun einmal

---

(62) Ob unmittelbar oder durch die Vermittelungs-Hand ihrer Regierung gilt in publicistischem Sinne gleichviel. S. z. B. K. S. Zachariä's Schrift über die Verpflichtung zur Aufrechthaltung der Handlungen der Regierung des ehemaligen Königreichs Westphalen. (Freilich die naturempörendste Anwendung des richtigen Satzes. Fiat justitia, pereat mundus. Summum jus, summa injuria!)

(63) Sehr begreiflich! denn der Materie nach ist er mindestens ebensogut wie der deutsche; der Form nach aber, unvergleichlich viel kürzer — prompter. Bis dat, qui cito dat. Ohne schnelle Justiz kein Credit; ohne Credit kein Verkehr; und ohne Verkehr kein Wohlstand! Vergl. hauptsächlich Rupenthal l. c., Gottfried Webers (vortreffliche) Nachlese über das m. u. ö. Gerichtsverfahren 1818. Mallinkrodt's gediegene Vorrede zu der Schrift eines Anonymus über den preußischen Proceß 1818; und hauptsächlich auch die Landtags-Acten von Baiern. 1819.

(64) Vergl. hauptsächlich Herchenhahn's Geschichte des kaiserlichen Reichshofraths. 1792. Bd. I. S. 457. ff. und *Malblanc:* conspect. rei judiciar. romano-german. 1792.

(65) Siehe z. B. S. XV. bis XVII. der Vorrede unseres Compendii, verglichen mit der neuen Vorrede zur neuen Ausgabe von Desselben Referirtunst.

»als den vaterländischen (das heißt als hausgespon»nen) zu betrachten geruhen, obgleich er mehr als halb »welsch ist; und weil wir Anderen die wir nicht bloße »Stubengelehrte (66) sind, besser wissen müssen: daß »er allem ausländischen bei weitem vorzuziehen sey.«

Das Welsche kann also doch füglich Recht in Deutschland werden und bleiben, und kann alsdann allem Ausländischen, — also auch allem Welschen, — weit vorzuziehen seyn! — Credat Judaeus Apella! — Auf jeden Fall steht, wenn einmal aus dieser Gordischen Mixtur, ein sauberer Vers angezettelt werden soll, nicht abzusehen, warum nicht auf den obersten Faden sich reimen liesse: das Französische kann füglich in Deutschland Recht werden und bleiben (67).

---

(66) Siehe Martins Compend. S. XVII.

(67) Haben denn etwa die Franzosen das Schießpulver verschmäht, weil es deutscher Erfindung ist; oder Deutschlands Chemiker das antiphlogistische System, weil ein Franzose es ersonnen? Wie großartig klingt, mit dem verstockten Pedantismus unserer Actendrescher verglichen, die Sprache der Immediat-Justiz-Commission und der Verfasser der Motive von der G. H. Hessischen neuen Civ. Pr. Ordnung!

IX.

Was ist der Gegenstand der Rechts-Verfolgung? (§. 3.)

Der Gegenstand der Rechts-Verfolgung ist — das Recht: ebenso gewiß, als der Gegenstand der Hirschjagd der Hirsch ist. — Fragt man aber nun weiter: was ist der Gegenstand des Rechts? so lautet die Antwort: (68) der Lebenswandel der Menschen: ihre Thätigkeit, wie ihr Unterlassen.

Da würde sich denn weiter fragen: was ist der Gegenstand dieser Thätigkeit und dieses Unterlassens? u. s. w. Auf diesem Wege käme aber Martin niemals zu seinem Ziele. Er muß also einen Fehlschritt gemacht — sich verirrt haben; und so findet es sich auch. — Er wollte uns nämlich nicht den Gegenstand der Rechts-Ansprüche analisiren; denn dieß hieße den gesammten menschlichen Lebenswandel anatomisch zerlegen; sondern er wollte uns vielmehr den Gegenstand gerichtlicher, oder vielmehr bloß

(68) Thibaut sagt: „mögliche — nicht unmögliche Handlungen“. Diese Behauptung erscheint mir inexact. Die Rechtfertigung hiervon nächstens in der Einleitung zu meiner Kritik des römischen Rechts!

processualischer Verfolgungen, d. i. alles Recht, chemisch zerscheiden. Daran that er auch sehr klug: denn nicht die verschiedenen Gegenstände der processualisch ventil. Rechte charakterisiren die verschiedenerlei Hauptgattungen und Haupttendenzen des Processes, sondern eigentlich und durchgreifend nur: die Verschiedenheit des in Hinsicht dieser Gegenstände zu verfechtenden Rechtes selber. — Das Rauben meines Silbergeschirrs konnte vormals ebensogut der Gegenstand einer Civil- wie einer Criminal-, — ja sogar wie einer Staatsrechts-Verfolgung (69) seyn: so daß also das Object kein Unterscheidungsmerkmal für die dreierlei Rechts-Verfolgungen in Absicht des Charakters von dem zu verfolgenden Rechte selber abgab. Die erste Rechts-Verfolgung urgirte den Raub als eine, zur Privat-Entschädigung verpflichtende Vermögensläsion; die zweite erhärtete ihn als einen, den Staat zur öffentlichen Bestrafung berechtigenden Frevel an der Sicherheit der Staatsgesellschaft (verübt an der Person von mir, deren Mitglied); und die dritte endlich impugnirte ihn als einen, die eclatanteste restitutio in integrum erheischenden, Usurpatoren-Eingriff einer unsuveränen Territorial-Regierung in das (publicistische) Unterthanenrecht und in das Privat-Eigenthum des deutschen Bürgers.

Martin hätte also, meines Bedünkens, allenfalls so sagen müssen:

Es zerfiel ehemals die processualische

---

(69) Einer Staatsrechts-Verfolgung nämlich z. B. alsdann, wenn ein Reichsstadt-Magistrat es mir als seinem Unterthanen, qua Kriegs-Contribution abgepreßt hätte.

Rechts-Verfechtung, je nach der verschiedenen Qualität des Rechts oder der Rechte, in verschiedene Hauptkategorien (70).

X.

Theilungsgründe alles Processes. (§. 3.)

Das merkwürdige: divide et imperabis: dieser Haupt-Schlüßel aller theokratischen und anthropokratischen Unterjochungs-Mysterien, ist eine Maxime, die nicht bloß in der praktischen Welt zur Ueberlegenheit führt, sondern auch in der theoretischen wenigstens (71) die conditio sine qua non aller Superiorität ist. Wie man

(70) Man vergl. gefälligst noch die folgende Untersuchung Nr. X.

(71) Mehr Gutes läßt sich jedoch nicht von dem analytischen Dividiren sagen. Der göttliche Funke der Synthesis ist Das, was man Genialität nennt, am Wissenschaftsapostel wie am Künstler. Auch ist die eigene Genialität der alleinige Spiegel von fremder. Eines Pompejus pharsalische Stratageme konnte nur ein Cäsar errathen und — überbieten; um Hogarth's Satyr ganz zu verstehen muß man Lichtenberg seyn. Vitruvs Geist konnte, unter allen Neueren, vielleicht bloß unserem Weinbrenner erscheinen; Papinians Rechtssystem durften unter den Lebenden nur die Hugo's und Savigny's aus dessen Trümmern errathen wollen; einen Tacitus konnte nur Machiavelli begreifen; und die reifen Leser eines Machiavelli sind die Rehbergs, die *Ginguenés* und kaum die *Buonapartes!*

nun aber auf der einen Seite gestehen muß, daß unsere deutschen Juristen mitunter (72) dieser Maxime bis (leider!) zur mikroskopischen Düftelei nachgearbeitet haben, so ist doch auf der anderen ebensowenig zu verkennen, daß dieselben, nicht selten, auch Schwerdt und Krummstab, Juden und Bauern, Befugnisse und Gesetze, Geißeln und Bürgerkronen in den eisernen Schnürleib ihrer Systeme bunt durcheinander zusammenzerren. Von diesem letzteren Verfahren liefert Martin hier ein auffallendes Beispiel: wenn er behauptet, daß es beinahe (73) ebensovielerlei Species des Processes, als Zweige der deutschen Rechtswissenschaft gegeben habe.

Diese Behauptung ist, soviel unser universelles Recht betrifft, nämlich nur dann statthaft, wenn man zum Theilungsgrunde der verschiedenerlei Proceßspecies 1) die Verschiedenheit der Gerichts-Behörden annimmt: denn in dieser Beziehung gab es freilich z. B., hinsichtlich des sogenannten deutschen Privatrechts, eine Austrägalprocedur in Sachen eines gewissen Adels; (74) hinsichtlich

---

(72) Beispiele sind gehäßig! doch mag Höpfner hier, statt aller anderen, stehen. — Eine herrliche Mitte zwischen beiden Extremen scheint mir mein unvergeßlicher Lehrer Hetse, in seinem Conspectus des gemeinen Civilrechts, zu halten.

(73) Nämlich allein den Reichs-Staatsrechts-Proceß abgerechnet, den es freilich nicht gab: (wofern man nicht etwa tropischer Weise! z. B. den dreißigjährigen Krieg mit Einschuß der westphälischen Friedensacte, so nennen will!)

(74) Siehe hierüber, statt aller Anderen, Scheidemantels Repertorium des D. Staats- und Lehnrechts. Bd. I. sub voce Austräge.

des Lehnrechts einen Lehnsproceß; hinsichtlich des Territorial-Staatsrechts hauptsächlich einen Reichsgerichts-Proceß ꝛc. (75).

Unstatthaft hingegen erscheint jene Bemerkung, wenn man 2) die Verschiedenheit des Gangs vom Verfahren als Eintheilungsprincip alles Processes erwählt: denn alsdann fließt unser obiger, nicht criminneller, Consistorialproceß (76) mit dem sogenannten gemeinen Civilprocesse, und der Polizeiproceß mit dem summarischen Criminalproceſſe (77) in Eins zusammen: (78) so daß die Zahl der Proceßarten ungleich mehr hinter der Zahl der Rechtszweige zurückbleibt.

Nicht minder unstatthaft ist endlich Martins obige Behauptung, wenn man, seinem (durch unsere vorige Untersuchung Nr. IX. nachgewiesenen) Beispiel zufolge; 3) die Qualität der zu verfechtenden Rechte als Theilungsgrund des Processes gebraucht. Denn, sehen

---

(75) Vergl. hauptsächlich *Malblanc*: conspect. rei judiciariae romano-german. 1797. Lib. I. Sect. 3 et 4.

(76) S. G. L. *Böhmer*: principia juris canon: Lib. IV.

(77) Vergl. v. Grolman's Criminalrechtswissenschaft. Dritte Aufl. Gießen, 1818 §. 541. — Ich bitte: meinen Text hier liberal, und cum grano salis deuten zu wollen. Unter einem summarischen Criminalprocesse denke ich mir nicht gerade einen tumultuarischen, oder auch nur einen provisorischen, sondern auch einen, zweckmäßig abgekürzten definitiven: wie z. B. den clausulirten Mandatsproceß quoad *civilia!*

(78) Gott gebe, daß bald noch mehrere Procedur-Arten insofern in Eins zusammenfallen möchten: denn die Pfade der Vernunft (und also auch der Staatsweisheit) sind einfach: — wie das Weltsystem des Kopernikus und die Moral unseres Religionsstifters.

wir davon auch ab, daß es insofern eigentlich nur zweierlei Gattungen von Proceß geben würde, nämlich den processus juris *publici* und den processus juris *privati*: — lassen wir es, mit anderen Worten, zu, daß auch die Arten dieser beiden Gattungen den numerus formiren helfen; so schlägt doch auch hier die, soeben ad Nr. 2. gemachte, Bemerkung ein: daß die kirchlichen Privatrechts-Ansprüche im nämlichen Proceßgange verfochten wurden, wie die weltlichen, und dieselbe summarische Procedurform worin (publicistische (79)) Criminal-Sachen ventilirt wurden, zugleich auch den

---

(79) Schlechthin unbegreiflich ist es, wie Thibaut a) das Strafrecht zum bürgerlichen Rechte zählen kann: da es sowohl seiner Quelle, wie seiner Tendenz und seiner Qualität nach, zum öffentlichen Rechte b) gehört:

A) seiner Quelle nach: denn nur die Staatsgewalt dictirt die Criminalgesetze: nulla poena sine *lege*;

B) seiner Tendenz nach: denn es soll durch die Criminalgesetzgebung Etwas hintertrieben werden, bei dessen Existenz die ganze Staatsgesellschaft leidet c); z. B. Hochverrath, Falschmünzerei, Desertion, Sodomiterei, Kirchenraub ꝛc.: nicht gewisser als Diebstahl, Ehebruch, simple Fälschung ꝛc.

C) und seiner Qualität nach: denn die Privatwillkühr hat auf die Verhängung oder Milderung der Strafe fast gar keinen Einfluß. Der Nothzüchter steht sich nicht besser, wenn ihm auch die Nothgezüchtete ex post verzeiht.

---

a) Civilist. Abhandl. 1814. S. 412.
b) Vergl. v. Feuerbachs Lehrb. des peinl. Rechts. §. 1.
c) Nämlich nach modernen Begriffen bildet. Die Deutschen des Tacitus dachten freilich anders. Vergl. Henke's geistvolle Geschichte des Criminalrechts. Bd. 1. u. 2.

publicistischen (wie den nichtpublicistischen) Polizei-Sachen angepaßt ward.

Wie Martin, an der besprochenen Stelle, sich, meines Dafürhaltens, hätte ausdrücken sollen, ist durch das Bisherige hinlänglich angedeutet. Der genaueren Erörterung überhebt mich wohl der sinnige Leser. Man darf eine Schachpartie kritisiren, ohne sich gerade zu deren Umspielung zu verpflichten.

XI.

Ist das Naturrecht Quelle des deutschen Civilprocesses? (§. 4.)

Versteht er unter Naturrecht die, nach Hugo's, ebenso witzigem als treffendem Ausdruck, sogenannte Todschlags-Moral, so hat Martin vollkommen Recht, wenn er dieses Naturrecht als keine Proceßquelle anerkennen will: denn der Naturrechtsphilosoph soll noch erst gefunden werden, welcher mit apodiktischer Bündigkeit a priori zu deduciren wüßte, ob man sich z. B. der simpeln absoluten Majorität der Stimmen eines Justiz-Collegii, oder der Majorität von ¾, ⅘ oder ⅚ der Mitglieder zu unterwerfen schuldig sey; ob man ferner nach 10 oder nach 100 verstrichenen Tagen, das Appellationsrecht verseffen habe; oder ob man die Execution mit der Auction der Mobilien oder der Immobilien anfangen müsse ꝛc.

In diesem Fall aber that Martin, wie mir scheint, daran höchliches Unrecht, daß er nicht, als mittelbare Pro-

reßrechtsquelle, die von Herrn v. Grolman sogenannte Natur der Sache, das heißt die gesunde Logik, anführen mochte. Wie tief und sicher haben die *Labeo*, *Paulus*, *Ulpian* ꝛc., nach dem unvergänglichen Zeugniß unseres corpus juris, aus dieser großen Quelle geschöpft; wie meisterhaft wußte noch jüngst ein *Chabot de l'Allier* sie zu benutzen! Sollte den Landsleuten von Leibnitz, Lessing, Kant, Fichte und Schleiermacher bloß darum, weil sie auf Subsellien der Hochschulen, und nicht der Tribunale, gebildet werden, der Zutritt zu dieser reichen Quelle versperrt seyn? Bedürfen sie derselben nicht umso dringender, je lückenhafter und je fragmentarischer die immediat-positiven Normen ihrer zusammengestoppelten Legislation dastehn? Martin scheide einmal alle Sätze, die ihm eben aus dieser Quelle zugeflossen sind, von seinem Proceßsystem aus: und wir wollen schauen, ob es noch in der Prunkgestalt dastehen wird, wovon seine fünfte Vorrede soviel Aufhebens (80) macht!

---

(80) Selbst der abgesagteste Feind von allzu voreiligen Legislations-Neuerungen, H. v. Savigny, bekennt: daß eine unverzügliche Reformation dieses, von seinen Aerzten meistens als gesund gepriesenen, von allen seinen Mahlgästen aber als halsbrechend verhöhnten Mühlwerkes, nöthig sey. Doppelt bejaht Dieß der erleuchtete v. Gönner a). Dagegen sträubt sich wider die Bejahung der scharfsinnige Gensler b).

---

a) Sowohl in seiner Streitschrift gegen H. v. Savigny, als in seiner Vorrede zum Entwurf eines Gesetzbuches über das Civilgerichtsverfahren. Erlangen, 1815.

b) In seinem Beitrage zur Gesetzgebung für die Verfassung der deutschen Gerichte ꝛc. Heidelberg, 1818.

Statt aller specielleren Erörterungen, sey es mir vergönnt, auf den eilften §. von H. v. Grolman's Theorie des civilprocessualischen Verfahrens zu verweisen. Unsere Materialkritik mag hie und da die Patent-Prosa der Compendien überfliegen; aber sie wird sich weislich hüten, post Homerum den Zorn des Achilleus zu malen.

XII.

Ueber die Hülfsmittel des Proceßgesetz-Studiums. (§. 5.)

Hört man die Geständnisse der Dichter, von Ovidius Naso an, bis auf J. J. Rousseau und Göthe herab, so belehrt man sich mit Leidwesen, daß sie eher alle Tiefen des Himmels und der Erde zu durchfliegen, und alle Räthsel der Sphynx zu lösen wissen, als sie die Bahn zu zeichnen vermögen, auf der sie das gefunden, was die Welt an ihnen bestaunt. Mit Leidwesen, sage ich, belehrt man sich von dieser ihrer Verlegenheit, Unbehülflichkeit oder — Unschlüßigkeit; aber nicht mit Ueberraschung: denn wer in die Penetralien der Sais eintritt, ist auf den unlüftbaren Schleier gefaßt.

Mit gerechtem Befremden aber gewahren wir dasselbe Ungeschick hier, an einem Veteran-Docenten der Proceß-Theorie, welcher sich anschickt, uns die Haupt- und Nebenschlüßel zu seiner (prosaisch-nüchternen) Intelligenz an die Hand zu geben. Was der Verstand ge-

schaffen, so glaubten wir, — kann der Verstand auch ermessen; und die Bahn, die er durchlaufen, läßt sich wie die Meßruthe subdividiren (81).

Schon die offenbare Unvollzähligkeit dieser seiner Schlüßel würde uns auffallen müssen; wenn nicht die verkehrte Charakteristik die er von ihrem Werth aufstellt, unser ganzes Staunen absorbirte. — Wie war es,

1) um beim Kleineren anzufangen, wie war es Martin möglich, die Kenntniß der Proceß-Literatur (82), des Reichsgerichts- und des sächsischen Processes, für bloß nützlich auszugeben, während er uns die Geschichtskenntniß als unentbehrlich anpreißt? Unter der Geschichte versteht er doch nichts Anderes, als die Rechtsgeschichte: und insonderheit die Geschichte unserer Proceß-Legislation. Wie konnte es aber nun da seinem erprobten Scharfblick entgehen, daß eine innere Proceß-Rechtsgeschichte auch die gesammte Entwickelung des sächsischen und des Reichsgerichts-Processes, ab ovo usque ad mala, von jenen »zischenden Römer-Schlangen« im Teu-

---

(81) Dieß hat durch Thaten Niemand evidenter erwiesen als Johnson: der als Lexikograph so reich, als Commentator von Skakespeare aber, so arm an Geist erscheint.

Vergl. hauptsächlich die Charakteristiken und Kritiken von August Wilhelm und Friedrich v. Schlegel.

(82) Nur beiläufig sey es mir vergönnt, mein Befremden auch darüber auszusprechen, daß Martin, in dieser Literatur, nicht, neben seinem selbsteigenen Magazine, auch Genslers ꝛc. sehr schätzbares Archiv empfiehlt. Ebenso vermißt man unter den gelobten metaphysischen Versuchen über den Civilproceß, des scharfsinnigen Sibeth Kritik des gemeinen und des mecklenburgischen Processes. 1818.

toburger Wald an, bis auf die Thron-Entsagung des letzten deutsch-römischen Kaisers, und respective bis auf den heutigen Tag, pflichtmäßig, umfassen müsse? Wußte er denn nicht (83), daß Alles, was nicht dem vorwärts strebenden Geist der gegenwärtigen Stunde, und dem aufgehenden Licht einer gereifteren Vernunft angehört, gleich der ausgestreiften, leblosen Puppe des Schmetterlings, der Registratur- und Weberhand des Historikers und seiner Schule auf ewig verfallen sey (84)? Sah er

---

(83) Die schönste Erörterung dieser handgreiflichen Wahrheit, konnte er, wenn sie ihm nicht a priori einleuchtete, bei Schiller a) finden, die breiteste bei Thibaut b), die tiefste aber bei Schelling c).

(84) Es sey mir vergönnt, auch a) hier darauf hinzudeuten, wie der Rechtshistoriker: trotz aller tiefen Gelehrsamkeit und allem Scharfsinn in fast desperate Verlegenheit mit seinem Gewebe kommen müsse, wenn er pragmatisch seyn will. Hat er freilich z. B. zu erzählen, wie auf das articulirte Proceß-Verfahren in Deutschland das unarticulirte gefolgt sey, so mag er vielleicht mit Leichtigkeit nach-

---

a) S. dessen Vorlesung: was ist und warum studiert man Universalgeschichte?

b) S. dessen Einleitungs-Programm zum ersten Hefte der Heidelberger Jahrbücher.

c) S. dessen geniale Vorlesungen über die Methode des academischen Studii. 1813.

a) Dasselbe steht nämlich, unter Anderem, in meinem Antrittsprogramme: (*de quaestione: num Germanorum jurisconsulti novo legum civilium codici condendo id nei sint censendi? Heidelb.* 1815.) wovon aber glücklicherweise — (denn sie enthält einen unverzeihlichen Mißgriff) nur 150 Exemplare abgezogen und ausgegeben worden sind.

demnach nicht ein, daß die Geschichte jener beiden Specialproceß-Verfassungen mit der gesammten Proceßrechts-Geschichte zusammenfalle: wie die Geschichte seiner Hand, mit der Geschichte seines Körpers? Wie konnte er aber, wenn er Dieß einsah, Beides voneinander unterscheiden, und das Ganze für unentbehrlich, den Bestandtheil aber für bloß nützlich ausgeben?

Vergebens suche ich diesen Widerspruch durch eine andere Wendung zu reimen, als gerade nur, wenn ich annehme, daß der Verfasser sich unter der Proceßrechts-Geschichte weiter nichts als eine äußere, das heißt, ein klapperndes Gerippe von Namen und Jahrzahlen gedacht habe: etwa so wie Struvius, v. Selchow und Bach es gefertigt. — Allein mit dieser Exegese steht nur die Logik des Verfassers, aber nicht die Ehre seines Compendii zu retten: denn wie darf Martin es alsdann wagen, dieses Klappergerippe theuerer auszubieten, als die Lehre vom Organismus des Reichsgerichts; und

---

weisen, wie die endlosen und unaussprechlichen Mißbräuche des Articulirens, den Gesetzgeber zu dem Entschluß, diese Form abzustreifen, sogut wie gezwungen habe. — Soll er hingegen den Causalnexus von Peters des Großen Reform der russischen Legislation angeben, so genügt es keineswegs, daß er uns bloß den Unsern schildere, welcher aus dieser Legislation bis dahin hervorgegangen war: denn in diesem Unsern liegt höchstens nur das Motiv zur Abschaffung der alten Formen. Noch mehr aber gilt es ja: uns die Motive zu entfalten, weshalb gerade diese und keine andere neue Form an deren Platz getreten sey. Diese Entfaltung aber erfordert einen tiefen Blick, wenn auch nicht schon in die Wiege, doch in die geheimen Reise-Betrachtungen jenes gesegneten Musters und Ahnherrn erleuchteter Thronfolger. Dasselbe gilt von Lykurgus, Gregor VII., Friedrich dem Einzigen und Washington.

des sächsischen Processes: von deren ersterem er, §. 4, selber prädicirt, daß der gemeine Proceß analogisch nach ihm formirt werden müsse? und ferner: wie will er es alsdann verantworten, daß er den ganzen übrigen Inhalt der inneren Proceßrechts-Geschichte in die Reihe der Hülfsquellen des fraglichen Studii, aufzunehmen vergessen hat? Kaum wird er deshalb vor der kritischen Schule Gnade finden; die historische aber wird sicherlich den Stab über ihn brechen.

2) Ungleich demüthigender und alterirender klingt aber, zweitens, für ein jeweiliges Ordensglied der kritischen (85) Schule — also z. B. für den Verfasser dieser Zeilen, wenn Martin, in dieser seiner Klimax der Empfehlungswürdigkeit, die Politik der Civilproceß-Gesetzgebung, oder, besser, mit Herrn v. Almendingen, gesagt (86), die Metaphysik der Civil-Proceß-Legislation auf die unterste und geringste Stufe stellt: sie mit dem kärglichen Lob abfertigend, daß sie »nicht ganz hintanzusetzen sey.« — Was möchte wohl der Weise von *La Brede*, welcher der Destillation seines esprit de lois, zwanzig

---

(85) »a *patriori* fit denominatio«! sagt der Haupt-Classificateur der Welt: Ritter Carl v. Linne.

(86) Denn dieser Ausdruck des Compendii heißt zu deutsch, Staatsweisheit, (Staatswissenschaft) der Gerichts-Verfahrensgesetzgebung. Was würden wir aber von einem Gärtnereylehrer sagen, der da verspräche: die Gartenkunst der — bloßen Zwiebelpflanzung zu dociren? So heißt der Titel „Politik der Staats-Oeconomie-Gesetzgebung" (d. h. Kritik der, den Nationalreichthum betreffenden positiven Gesetze), zu deutsch: Staatswissenschaft der Staatshaushaltungs-Gesetzgebungs-Gesetzgebung!

seiner reifsten Jahre, und Tausende von Ducaten geopfert hat: der von einem einzelnen Ingrediens seines Werkes, nämlich vom Geiste der Feudalgesetze, bekennt, daß er sich beinahe zu Tode daran gearbeitet: was möchte er an einem solchen vornehmen Gnaden-Lob seiner Studien, aus Herrn Geheimen Justizrath Martins Munde, für Freude haben? Was möchte wohl der Freund der großen Catharina und des einzigen Friedrichs: was möchte der Philosoph von Ferney über diese kühle Empfehlung eines Studii denken, mittelst dessen, seinem Zeugnisse nach, die verloren gewesenen Rechtsurkunden des Menschengeschlechts zuerst wieder aufgefunden worden sind? (87)

Nimmer geziemt es mir, als einem neophyten Schüler dieser Genien, in ihrem Namen zu antworten: gesetzt auch, daß es einer Antwort bedürfte; soviel aber gebietet mir die Dankbarkeit gegen lebende Großmeister aus dieser, von mir über Alles gefeierten Schule, offen zu bekennen: daß wenigstens ich meine besten und liebsten Einsichten in den positiven deutschen Civilproceß, (nächst den Abstractionen aus eigner Richter-, Advocaten- und Consulenten-Erfahrung) ausschließlich den metaphysischen Untersuchungen des Koryphäenkleeblatts der Proceßphilosophie (v. Grolman, v. Gönner u. v. Almendingen) verdanke; und daß ich aufs lebendigste überzeugt bin: es haben die Schriften dieser drei Männer allmählig mindestens eben so stark zur Verbesserung unseres vorliegenden

---

(87) Mit gewohnter Genialität und Eleganz rühmt Müllner diese Studien in der Vorrede zu seiner Elementarlehre der richterlichen Entscheidungskunde. Leipz. 1819.

Compendiums beigetragen, wie dieses Lehrbuch weiland, an seiner Reihe, zur Verdrängung von Danzens, Claproths und Fredersdorfs aufgedunsener Flauheit contribuirt hat. Wo stünde, namentlich, in der ersten Ausgabe v. M's. Civilproceß-Theorie (Göttingen, 1800) der, jetzt den Eingang und die Hauptsumme aller Lehre bildende, Abschnitt: »Darstellung der allgemeinsten Grundsätze« zu finden? (88) und wem verdankt der Verfasser diese, von ihm selbst »folgenreich und nützlich« genannten, Ansichten sonst, als fremder Gesetzphilosophie? Non omnia possumus omnes (89).

---

(88) Siehe §. 7 — 18. der sechsten Edition.

(89) Auf jeden Fall hätte Herr Martin, als ein Autor, der es weder mit der historischen, noch mit der kritischen Schule verschütten wollte, einräumen sollen, daß die, am höchsten hängenden Trauben, gerade die mindest sauern seyen. Das summarische Raisonnement eines Aristoteles über die Griechen-Geschichte, oder eines Spittler, Müller, Heeren und Gagern über die Entwickelung von Deutschlands Verfassung, ist erleuchtender als ganze Bände von den Meiners, Häberlin's, *Barre's* und Heinrich's. — Der Rechtsphilosoph — der Politiker, blättert mit derselben Leichtigkeit und mit derselben überlegenen Sicherheit in den bunten Gesetzbüchern der Völker, wie ein Carnot durch die Phalangen der Republikaner schreitet: ein Folard durch des Polybius Schlachtgemälde, und ein Herder durch die Dichter-Schaar aller Nationen und Zeiten. Der Ungläubige mag sich aus *Chesterfield's*, *Rulhière's*, *Mirabeau's*, *Condorcets* und vorzüglich auch aus *Gibbon's* und *Hugo's* Schriften, von dieses Satzes Wahrheit überzeugen! Wie Vieles könnten unsere Brodjuristen schon allein von ihrem Landsmanne Fries noch lernen! Scire leges non est verba eorum tenere, sed vim ac potestatem: so will selbst Justinianus!

Nachdem wir nun aber dem Ausdruck und der Motivirung unseres Befremdens über die monströsen Commissiv-Gebrechen in dieser Schlüßel-Charakteristik, soviele Momente gewidmet, mag es uns anhangsweise wohl noch vergönnt seyn, auch einigen Zweifeln an der Vollständigkeit der Sammlung, Luft zu machen.

a) Vor allen Dingen scheint die, von Pope sogenannte eigenthümliche Wissenschaft des Menschen, die Menschenkenntniß zu fehlen. Ich wenigstens wüßte nicht, wie es anzufangen wäre, um ohne diese Kenntniß eine kluggestellte Reihe von Beweis-Artikeln oder Interrogatorien, die einen versteckten und combinirten dolus bezielen, aufzusetzen oder zu beurtheilen: — ja nur zu begreifen! Ich wäre in der größten Verlegenheit, wenn ich einem Fremdling in der Anthropologie nur jene, von Martin versprochenen, beiläufigen Klugheitsregeln verständlich machen sollte. Insofern gilt sicher das Sprichwort: »nur Gelehrten ist gut predigen.« Ohne Sonnenmikroscop lernt Niemand den Bau und den Farbenglanz des Schmetterlings-Flügels gehörig verstehen. Nur wer die Metrik versteht, erkennt die Spuren der Feile an Petrarca's Sonetten (90).

---

(90) Wer diese Worte des Textes räthselhaft findet, mag den Schlüßel suchen in den Noten von Pfisters Criminalfällen: 4. Bande: deren Bekanntschaft nicht bloß dem Criminalisten unentbehrlich ist.

Die Lehrer der Menschenkenntniß, wie der Processualist sie braucht, (wie selten und bezahlenswerth sie auch sind,) haben übrigens das Schicksal des Kriegsspionen: man bewundert und benutzt ihre schlangenartige Geschmeidigkeit; aber man flicht dem geschmeidigen Künstler

b) Nicht minder vergeblich suche ich eine Empfehlung des Studiums von ausländischen, oder überhaupt von fremdartigen Proceßgebungen, und ihrer Literatur, in Martins Katalog der Hülfsmittel. Wie äußerst aufklärend ist nicht z. B. die Theorie der preußischen Inquisitorial-Procedur, für einen Richter, der z. B. das Protocoll über einen Pächter-Concurs, auf dem Dorfe, unter lauter bäuerischen Creditoren aufzunehmen, und, wo möglich, auch vergleichsweise zu beendigen hat! Wer anders als der selbstgenügsamste Pedant oder der schwachköpfigste Volksthümlichkeits-Heuchler kann es verkennen, daß von den neuesten Commentarien und Discussionen der Franzosen, in diesem Felde, ganze Lichtströme für die Intelligenz des d. Processualisten abzuleiten sind; und gibt es überall in der deutschen Literatur eine zugleich so treffende, so bündige und so klare Charakteristik vom Geiste des altrömischen Processes, als *De Lolme* sie, bei Gelegenheit seines Grundrisses vom heutigen Gerichtsverfahren Englands, entwirft?

c) Ferner gebricht eine Empfehlung des Criminalproceß-Studii: das doch zur schärferen Analyse von manchen Begriffen führt, welche dem Civilprocessualisten vom äußersten Interesse sind.

Nicht davon wollen wir sprechen, daß man die Verhandlungs-Maxime unsres Civil-Proceßes erst durch ihren Gegensatz, die Inquisitions-Maxime des peinlichen Ver-

---

keine Kränze. — Machiavelli, deren Großmeister selbst, seufzte in Armuth und — auf der Folterbank. Andere riß der Dolch aus illusorischem Nimbus. —

fahrens, gehörig würdigen lerne: denn das Würdigenlernen schlägt, wie wir oben Nr. 2. sahen, Herr Martin nicht eben hoch an; — wohl aber Das heben wir heraus: daß die Criminal-Proceßtheorie, aus guten Gründen (91), sich sorgfältiger mit der Abwäguug aller Gründe der subjectiven und objectiven Glaubwürdigkeit, mit der Verschiedenartigkeit der Indicien und mit der Würdigung des künstlichen (Indicien-) Beweises überhaupt, mit der Charakteristik der Suggestivfragen (und was sind unsere speciellen Beweisartikel im Civilproceß anders?) und mit den Mitteln beschäftigt, die Beweismittel und Beweisgründe möglichst ungetrübt vor die Augen des Richters zu bringen.

Dazu kömmt aber, was das Handgreiflichste ist, daß ja der ganze sogenannte Adhäsionsproceß, ohne den Criminalproceß keine Haltung und Form hat: sowenig wie viele Reben ohne ihre Ulmbäume, und sowenig wie das Wasser ohne sein Gefäß. Wer vermag die Stickerei eines Kleides zu beurtheilen, ohne Kenntniß von ihrem Substrate? —

d) Zu meiner größten Verwunderung vermisse ich aber endlich auch ein letztes Hülfsmittel zum Verständ-

---

(91) Weil es nämlich hier die Rechte des ganzen Staates — ja, in specie, des, für treue Dienste (z. B. in Verschwörungs-Sachen ꝛc.) sehr dankbaren Thrones gilt! Schlimm genug, daß ein reifes Studium des menschlichen Verkehrs und der National-Oeconomie die Wichtigkeit des Privatrechts noch nicht populärer und handgreiflicher aufgeklärt hat! Smith, Say, Soden, Hufeland, Büsch und Sartorius sind hier „das Gesetz und die Propheten.“

niß und zur Würdigung der gemein-deutschen Civilproceß-Legislation: das Hülfsmittel, ohne dessen Benutzung alle anderen Hülfsmittel so colorittlos und todt bleiben, wie Reichard's Reisehandbuch, ohne den Selbstanblick auf Land- und Flußreisen: wie die Dramaturgik, ohne Theater: wie Winkelmann's Kunstgeschichte, ohne Beschauung der Antiken. — Welch anderes Hülfsmittel könnte ich meinen, als die Autopsie des gerichtlichen Verfahrens selbst, als die Auscultanz bei Audienzen und Sessionen der Gerichtshöfe?

Nur wer auch, außerhalb des Rappirgeklirr's der Fechtschule, den zischenden Degen gegen Fecht-Naturalisten geführt, oder doch führen gesehen hat, kann über die Wichtigkeit wie über die Unzulänglichkeit der Schulregeln ein Urtheil fällen, und, aus eigener Erfahrung, sich neue, geschmeidigere und — minder triviale Theorien abstrahiren. —

Was auf einen Eingriff in das freie Leben der Menschen, und zwar der Menschen jeden Geschlechtes, jeden Geistes, jeden Standes und jeden Herzens bestimmt ist, steht nur auf dem Forum des Lebensverkehrs selber, zu überschauen: und nicht in der camera obscura der Schulsysteme. Die geraden Linien mag ein Leibnitz für alle Zeiten voraus berechnen; die krummen Linien aber sind so unzählig wie unermeßlich.

Darstellung der allgemeinsten Grundsätze des gemeinen deutschen Civilprocesses.

XIII.

Steht die Civilproceß-Theorie in genauer Verbindung mit eines jeden Staates Verfassung? (§. 7.)

Die Bemerkung, womit Martin den ersten §. seiner Lehre von den durchgreifenden Fundamentalprincipien unserer Wissenschaft eröffnen wollte, bezieht sich, wie die oberflächlichste Formalkritik handgreiflich wahrnehmen muß, nicht sowohl auf die Civilproceß-Theorie, als auf die Civil-Procedur, oder deren Legalformen, selber: denn soviel ist sicherlich klar, daß z. B. der neugriechische Rechtsgelehrte, welcher unter dem Halbmonde des türkischen Despotismus lebt, sogut wie der Jurist im nordamerikanischen Republiken-Staat, eine gleichrichtige Theorie — i. e. Ansicht, sowohl von der kamtschadalischen als von der altathenienſischen Civilproceder gewinnen und mittheilen könne.

Nur darum kann es sich mithin handeln: ob jener genaue Connexus, wovon Martin berichtet, denn auch, in Wahrheit, zwischen dem Objecte jener Theorie und der desmaligen Staatsverfassung herrsche? und auf diese Frage antworte ich mit einem kategorischen Nein: vorausgesetzt, daß ich Martins Worte nicht allzugrobartig und, in Wahrheit, sprachwidrig ausdeuten soll.

Soviel nämlich wird kein Schüler leugnen, daß das Proceß-Institut mit der Existenz einer Verfassung überhaupt, so wie das Bedingte mit seiner Bedingung, zusammenhänge: das heißt, daß es ohne Staatsverfassung ebensowenig ein Proceß-Institut, wie ohne Kriegs-Disciplin einen Regimentschef, und wie ohne das Christenthum — eine Peterskirche oder ein missale romanum gäbe. Eben aber weil dieß jedem Tertianer einleuchtet, wäre es eine Lapperei, wenn unser Compendium nur soviel hätte lehren wollen; und ohnehin würde es dann nicht von »eines jeden Staates Verfassung« (92) haben sprechen dürfen.

Fast nicht minder handgreiflich ist es ferner, daß im Zustande des reinen Despotismus ein Civilproceß-Institut, so wie wir es uns denken, das heißt eine fortdauernde Norm der Gerichtshof-Verfassung und der Civilprocedur, unstatthaft und undenkbar seyn würde: (denn der wahre Despot erkennt überall keine andere Norm, als seine

---

(92) Diesen, meines Erachtens, sehr übel gelungenen Ausdruck kann ich nämlich nicht anders paraphrasiren als „je mit den verschiedenartigen Verfassungen der einzelnen Staatsgesellschaften.“

Willkühr und seine Laune!) so wie, umgekehrt: daß im Zustande des reinen und vernunftmäßigen Demokratismus schlechterdings eine eiserne Norm für das gesammte Civilproceß-Institut bestehen müßte: indem der Vernunft nichts stärker widerstreitet, als Willkühr und Laune. Allein gerade darum weil diese Wahrheit auf platter Hand liegt, kann sie nicht der Sinn seyn, welchen wir in jenen Worten Martins zu suchen haben; und auf jeden Fall dürfte alsdann das Compendium von keiner genauen Verbindung sprechen, worin das Proceß-Institut mit den verschiedenartigen Verfassungen stehe: denn wer würde z. B. sagen: »Form und Material der Körperverzierungen stehen in genauer Relation mit der »verschiedenartigen Cultur-Stufe«: wenn er bloß soviel ausdrücken wollte: daß sich ein Platon nicht tatuiren, und ein Owaihite keine hellenische Stola tragen werde? — Wer möchte ohne Lächerlichkeit sprechen: »die »Sittlichkeit der Völker steht in genauster Proportion mit »ihrem Religionsglauben«; wenn er mehr nicht als soviel erhärten könnte: daß der menschenfressende Neu-Seeländer (93) kein Christ, und der bruderliebende Quäcker kein Menschenfresser seyn könne? —

Wie paradox es aber auch klingen mag: dennoch ist es wahr, daß die Normen des Civilproceß-Instituts mit der verschiedenartigen Verwaltung der Staa-

---

(93) S. Cook's zweite Reise ꝛc. Bd. I. S. 246. und *T. R. Malthus:* essay on the principle of Population etc. 5te Ausgabe. London, 1817. Bd. I. Buch I. Cap. 4. und *Malte Brun:* precis de la géographie universelle IIe Edit. Paris, 1810. Bd. I. S. 608.

ten, und zwar sowohl wie sie wirklich ist als auch wie sie seyn kann, fast in keinem genaueren Wechselverhältnisse stehen. Mit der verschiedenartigen Verwaltung sage ich: denn, daß sie mit der Verfassung eigentlich sogut wie in gar keinem Connexus stehe, läßt sich sehr leicht nachweisen: umso mehr, da es, seit des feinen Pope bedeutungsvollem Winke, von einer Reihe der kräftigsten Denker nachgewiesen worden ist, wie eigentlich nicht die Form der Beherrschung, sondern der Geist der Verwaltung, den wesentlichen Charakter des Staates bestimmen (94). Wäre diese Wahrheit auch a priori undeducirbar, so müßte sie doch, nach einiger Beobachtung der Erfahrung, Jedem ins Auge springen. Hat nicht der altrömische Proceß, während so vieler Wirbelstürme und Hauptmetamorphosen der Verfassung, bei überwiegendem Demokratismus sogut wie bei vorherrschendem Aristokratismus, unter der Triumvirn und des Caligula blutiger Despotie wie unter Trojans und Marc-Aurels gesegnetem Monarchismus, im Wesentlichen dieselbe Einrichtung immer fortbehalten? Wo sind die hervorstechenden Verschiedenheiten der preußischen Staatsverfassung vor Einführung des Inquisitorial-Verfahrens in Civil-Sachen, und nach deren Einführung? Ich fand sie bis heute noch nicht; und doch ist dieses Verfahren vom vorhergegangenen himmelweit verschieden. Wäre es möglich gewesen, daß

---

(94) Vergl. die Charakterzeichnung der Politik aller Staaten der Erde: kritischer Commentar über Montesquieu's Geist der Gesetze: herausgegeben von mir. H. 1820. Bd. I. S. 12, ff.

die altdeutschen Gerichtsformen durch die, so äußerst verschiedenartigen, alt- und neurömischen unvermerkt wären verdrängt worden; wenn die Gerichtsformen mit der Verfassung in genauem Wechselverhältnisse stünden? Hätte nicht entweder die Verfassung sogleich diesen einschleichenden Fremdling, wie der Rhein einen Cadaver, ausspeien, oder umgekehrt dieser Fremdling die Verfassung umfärben müssen: so wie eine Säure die Lakmustinctur? Herrschen nicht unter dem Horizonte von einer und derselben Verfassung, gleichzeitig, die heterogensten Civilproceß-Formen. Würde z. B. der Monarchismus des Großherzogthums Hessen im Mindesten alterirt werden, wenn sein Cassationshof, welcher jetzt neben dem bisherigen Oberappellations-Tribunale steht, dieses letztere gänzlich absorbirte? Haben nicht in Frankreich dieselben Parlamente bald dem Throne gegen den Unterthanen, bald aber dem Unterthanen gegen den Thron gedient? (95)

Mindestens ebenso genau als der Schneidemühlgang des Civil-Processes, müßte ja doch wohl das, in ihm zu decidirende Civil-Recht selber mit der Staats-Verfassung quadriren, wenn Martin's Ansicht die richtige wäre; aber welche Erwartung wird durch die tägliche Praxis schnöder getäuscht, als eine solche? Was ist denn z. B. an Badens Staats-Verfassung durch den Code Napoléon umgestaltet worden: und was an der von Oester-

(95) Vergl. hauptsächlich *Mably's* observations sur l'histoire de France: 6 Vol. *Bailleul's* examen critique de l'o. de Mdme de *Staël*: Bd. I. und die Schrift: De la magistrature en France etc. Paris, 1807.

reich durch das neue bürgerliche Gesetzbuch! Gleicht nicht z. B. die preußische Monarchie dem mächtigen Thurme von Babel, der, bei aller dädalischen (Civil-Rechts-) Sprachverwirrung ihrer Völker, unverändert dasteht: als gemeinsames Ehren-Monument für Alle.

Wenn wir die Staatsverfassung eines Landes der Carré-Form vergleichen dürfen, worin eine, von Feinden rings umdrohte, Kriegerschaar aufgestellt ist; so gleichen die Proceßgesetze der Bestimmung von Art und Weise, wie im Inneren dieses Carré die Speisen unter die einzelnen Krieger, einzelnweise vertheilt werden; und da ist denn freilich soviel gewiß: daß, wenn die Ordnung vor dem Angesichte des Feindes bestehen soll, die Distribution nicht allzutumultuarisch erfolgen dürfe, damit nicht die Einen verschmachten, während die Anderen am Indigestionsfieber leiden; und nicht allzu träge: auf daß nicht, während der Vertheilungs-Formalien, der Heißhunger übermächtig werde — und der Proviant verschimmele; allein so überlegen ist die militärische Einsicht jedes einzelnen Soldaten über sein Magengewurm; so mächtig ist, von innen nach außen, die Subordination, und von außen nach innen die comprimirende Feindesgefahr: mit einem Worte: sowenig ist der Soldat Maschine, daß es auf die Carré-Form keinen Einfluß hat, ob diese Vertheilung durch einen Einzelnen, oder durch ein ganzes Collegium geschieht: ob öffentlich, oder hinter einem Gezelt-Vorhange: ob die Beschwerde gegen die Willensmeinung der Austheiler an einen besonderen Oberaustheiler, oder an den General selber geht ꝛc.

Nicht minder zweifellos aber scheint mir zwischen den

Civilproceß-Gesetzen eines Staates und der Verwaltung desselben keine genaue Correlation obzuwalten. Um dieß zuvörderst a posteriori zu beweisen: — betrachten wir die vor uns aufgeschlagenen Proceß-Ordnungen und ihre Geschichte! Fürwahr da zeigt sich, daß die Proceßnormen der Taktik gleichen: welche heute einem Gneisenau, morgen einem Napoleon emporhilft; welche ebensowohl zu Nordamerika's Befreiung, als zu Tyrols Unterjochung dienstbar ist; und bald durch Hunger bald durch Hochverrath, durch Rußlands Frost sogut wie durch Aegyptens Seuchen zu Schanden wird! —

Im alten Rom sehen wir die Cabinets-Justiz ebensowohl dem volksthümlichen Regimente der Antonine, wie der antinationalen Verwaltung eines Commodus dienen (96). In Frankreich plaidirten die Advocaten zur Zeit des heillosen Widerrufs vom Nantes'schen Toleranz-Edicte, wie zur Zeit der Declaration der Rechte des Menschen und des Bürgers (97). Man seufzte über den Schneckengang der Civilrechtspflege, unter Justinian, als noch keine Eventual-Maxime galt, und seufzt darüber im heutigen Deutschlande, wo sie gilt. Die Regierung Georgs III. war populär, und — der insolvende Londner wanderte, auf des Gläubigers An-

---

(96) S. vorzüglich Hugo's sechste Rechtsgeschichte: Berlin, 1818. §. 372. ff.

(97) Vergl. *Domat:* les lois civiles, dans leur ordre naturel. Paris, 1767. Bd. II. Buch 4, und *Pansey* de l'autorité judiciaire dans le gouvernement monarchique. Paris, 1810.

drang, in den Schuldthurm; — Friedrich August, des Gerechten, Regiment ist es nicht minder, und — die Vermögens-Abtretung rettet dem faillirten Leipziger seine Freiheit. Friedrichs des Einzigen ruhmgekrönte Verwaltung schritt nicht minder gern im militärischen Tempo einher, wie die, seines strengen Vaters; und dennoch führte er die so arbiträre Inquisitions-Maxime ein: während Friedrich Wilhelm I. sich bei der weit schnurgerechteren Verhandlungs-Maxime wohl befunden hatte. Unter Napoleons rasch-energischer Verwaltung standen die Civilgerichts-Thüren offen; König Friedrichs I., von Würtemberg, Administration verdiente gleiches Lob — und jene Thüren blieben dem großen Publicum verschlossen. Friedrich Wilhelm III. läßt im Großherzogthum Niederrhein die französische Civilproceß-Ordnung noch fortbestehen; die Staatsverwaltung in diesem Land' aber trägt denselben Charakter wie die aller Länder der neuen Civilprocedur von Altpreußen. Die alten Aegypter vegetirten, unter dem theokratischen Zauberstabe der Osirispriester, in karyatidenähnlicher Steifheit, und scheuten sich vor der Mündlichkeit (98) des Gerichtsverfahrens: wie Sancho Pansa vor seiner eigenen Verwegenheit; die modernen Deutschen leben zum Theil auf den fast schrankenlosen Gefilden des Protestantismus, unter einem milden Monarchismus, oder gar Republikanismus, und — haben sich, Jahrhunderte lang, vor eben demselben Verfahren eine

---

(98) S. *Diodori siculi* Bibliothec. histor. Buch I. Cap. 75, und 76. vergl. mit Woltmanns älterer Menschengeschichte; (Aegypter.)

Scheue aufreden zu lassen: wie jene Sonnenjungfrauen vor den Stacheln des männlichen Bartes.

Was aber noch mehr ist: es herrschen ja sehr oft — und meistens, unter den Zügeln einer und der nämlichen Staatsverwaltung, ganz verschiedenartige Civilproceßnormen gleichzeitig! Wie sehr heterogen ist z. B. das Verfahren vor einem court of equity (bei der chancery) von der gewöhnlichen Civilprocedur England's (99)! Da wird, auf die beliebte deutsche Manier, eine schriftliche Klage eingereicht, und darauf folgen die übrigen Schriftsätze bis zur Duplik, da herrscht kein öffentliches, ja nicht einmal ein den Parteien sichtbares Zeugenverhör, keine Jury für den Beweis ꝛc. Wer möchte behaupten, oder wer hat je behauptet, daß die Verwaltung der Herrscher jener erobernden Wandervölker, die auf den zertrümmerten Römer-Palläſten ihre Gezelte aufschlugen, für die verschiedenerlei Völker ihres Scepters eine verschiedene gewesen sey: (100) wer möchte dieß von ihnen behaupten, deren Verwaltung überhaupt so roh und durchsichtig, wie ein zerrissenes Fischernetz war? (1) Dennoch haben diese Herrscher, und un-

---

(99) Vergl. *Blackstone's* commentaries on the laws etc. of England. Buch 3; Goede's England, Wales Irland und Schottland: Bd. II. S. 146 ff; und Hundrich's (lichtvolle) Darstellungen und Ansichten aus dem Gebiete der Rechtswissenschaft und Justiz-Verwaltung. Quedlinb. 1819. S. 200 ff.

(100) *Montesquieu's* esprit des lois. Buch 28, Cap. 2. ff.

(1) S. *les origines* ou l'ancien gouvernement de la France, de l'Allemagne et de l'Italie. Haye 1789. 3 Bände.

ter ihnen der weiseste, Theodorich (der Große) die römische Gerichts-Einrichtung großentheils neben ihrer nationalen fortdauern lassen (2). Hier bewies ein Lombarde dem Richter sein Eigenthumsrecht mit dem Speer in der Faust (3); dort ein Römling mit einer Pergamentrolle, die der Lombarde nicht einmal zu lesen verstand. — Kann man nicht füglich behaupten, daß (einige momentane Meteor-Erscheinungen abgerechnet) seit dem westphälischen Frieden bis zum Abschlusse des Rheinbundes (von der Folgezeit schweigen wir billig!) im protestantischen Deutschland derselbe Geist (4) in der Staatsverwaltung geherrscht habe; und wie verschieden klingen nicht dennoch dessen Territorial-Civil-Proceß-Ordnungen!

Ja es trifft sich, in unserem Deutschland, unzählige Male, daß in den Ringmauern desselben Ortes zwei- bis dreierlei verschiedene Proceß-Normen herrschen: und

---

Bd. 1. und 2. vergl. mit dem ersten Bande von *Simonde de Sismondi's* histoire des republiques italiennes du moyen age. Zürich, 1807 und ebenso von *Ginguene's* histoire litteraire d'Italie. Paris, 1811.

(2) Vergl. Gibbon, Rühs u. v. Rotteck: Geschichte des Mittelalters: vor Allen aber Sartorius: Preisschrift über die Regierung der Ostgothen in Italien. Hamburg, 1811 und v. Savigny's Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter. Bd. 1. u. 2. (prolem sine matre creatam!)

(3) S. Friedrich Meyers Geschichte der Ordalien vergl. mit Henke's Geschichte des Criminalrechts, und dem ersten Bande v. Herchenhahn's Geschichte des Reichshofraths.

( ) Vergl. hauptsächlich die Schriften von Brandes über den Zeitgeist, und Rehberg über die Staatsverwaltung (leider nur summarisch).

zwar selbst für Rechte, welche unter die gleiche Kategorie der Qualität gehören. Ein Waarenkauf-Proceß kann, je nach dem Betrage, oder nach der Personalität der Parteien, vor das Gericht in Bagatellsachen (5), vor das Handelsgericht, oder vor das gewöhnliche Stadtgericht gehören.

Beleuchten wir nun aber, zum Schluß, auch, *a priori*, die Ursache dieser so sehr laxen Congruenz von Staatsverwaltung und Civilproceß-Normen; so läuft das Resultat wohl auf folgende bekannte Wahrheiten hinaus. Wie unendlich vortheilhaft auch für Credit, Familien-Ordnung und National-Wohlstand die Classicität des Civilproceß-Instituts ist, so kann sie doch für die Erhaltung der Staatsgesellschaft nur in geringem Maaße für unentbehrlich ausgegeben werden. Die ältesten Christianer, welche sich, statt römischer Richter, den Schiedsrichtern ihres eigenen verfolgten Glaubens unterwarfen (6), die heutigen Engländer, welche sich, um den kostbaren Parlamentsschluß, zum Behufe der wirklichen Ehescheidung, zu umgehen, freiwillig selber a thoro et mensa separiren (7), und die modernen Franzosen, welche jedem streitdrohenden Geschäft von ferne ausweichen (8), um nicht der Hyäne ihres Sportel- und Stem-

---

(5) Die Bagatellsachen unserer Dörfer und Städte in den pedantischen Schlendriangang unseres ordentlichen Processes einleiten, hieße soviel als in einer Marktkäsbude die doppelte Buchhaltung führen.

(6) Vergl. Plank's Geschichte der christlichen Gesellschaftsverfassung. Bd. I.

(7) Vergl. Hundrich l. cit.

(8) Aus meinen eigenen Erfahrungen geschöpft.

pel-Tarifs in die Krallen zu gerathen, liefern hiervon sattsamen Beweis (9).

Gesetzt aber, dieser Zweig der Staatsverwaltung, welcher in prompter und gerechter Schlichtung der Civilrechts-Händel besteht, wäre für Existenz und Charakter der übrigen Staats-Verwaltungszweige wichtiger und entscheidender, als er es wirklich ist; so kömmt es ja auch hier, wie sich vor aller Erfahrung errathen läßt, sowenig wie bei der Charakteristik von Constitution und Administration überhaupt, auf den todten Buchstaben der Civilproceß-Normen, sondern fast (10) ausschließlich auf den lebendigen Geist von deren Handhabung an (11). Das offene Geleise jener Normen nimmt fast ebenso geduldig Blutbäche, wie Milchbäche auf: ja noch mehr: es kann, je nach seiner Qualität,

---

(9) „Der gewaltige Trieb der Lebenskraft entwickelt „die Größe und das Wohlbehagen des menschlichen Körpers: „trotz den Ausschweifungen der Jugend, den Unfällen und „sogar den Wunden, welchen er ausgesetzt wird. Es gibt „im Leben keine absolute Vollkommenheit, außerhalb deren „Alles vom Uebel wäre, und bloß Uebel gebären müßte.“ Say: Darstellung der Staatswirthschaft: (bearb. von mir.) H. 1818. Bd. I. S. 94.

(10) Schikane wäre es, dieses „fast“ zu ignoriren. Allerdings ist die eine Form geeigneter, einen guten Geist zu beherbergen als die andere (z. B. die Einrichtung, daß die Zeugen sämmtlich in ihrer allerseitigen Gegenwart abzuhören sind, ist wohl überall verwerflich. Auch gestehe ich aufrichtig, daß mir jede bureaukratische Untergerichtsverfassung, zumal wenn sie der Publicität ermangelt, äußerst mißfalle: indem die unterste Instanz gerade die wichtigste ist und — der einzelne Mensch schwach!)

(11) S. die Charakterzeichnung der V. aller Staaten der Erde, herausgegeb. v. mir. 1820. Bd. I. Cap. 2.

vielleicht Milch in Blut (12) umgestalten: wie der Zauberbecher eines Philadelphia.

Wozu bedurfte z. B. der Staat Friedrichs des Einzigen, oder Friedrichs I., Königs von Würtemberg, einer collegialischen Gerichtsverfassung: wenn der wachsame Geist seines Regenten jeden einzeln stehenden Richter zur gewissenhaftesten Gerechtigkeitspflege aufregte? Was frommt die collegialische Gerichtsverfassung dem Gerechtigkeits-Bedürfnisse jenes Ländchens, wenn die Beisitzer solcher Collegien schläfrige Jaherrn sind, die stets dem votum referentis, oder respective dem Appellations-Berichte des judex a quo assentiren? Warum sollte der Rheinpreusse die processualische Zunglösungs-Methode des Civilrichters an der Spree, desideriren, solange sein selbstgewählter Advocat die Zunge für ihn schwingt? Wohin würde den Brandenburger jene selbe Methode wohl führen, wenn sein Richter etwa der geistigen Instrumente, zu deren Execution, schmählig ermangelte? Wozu bedarf eine Kleinstadt der Oeffentlichkeit der Civilprocedur, wenn ihre Gerichtsdiener, beim Weinglase, hinter dem Wirthstisch, alltäglich, gratis, die laufende Chronik des Gerichtshofes aus offenen Decreten verlesen? Und was frommt diese Oeffentlichkeit einer Großstadt, wenn sich kein anderer Zuschauer hinter die Schranken pflanzt, als etwa ein müßiger Geizhals, der zu Hause sein Holz spa-

---

(12) Z. B. wenn die Proceßkosten leicht höher laufen als das objectum litis, oder wenn ein Eheproceß, gleich beim ersten Anlauf, öffentlich verhandelt werden sollte. Vergl. Montesquieu in der oben S. 33 angeführten Stelle.

ren will? Was hilft jenem zaghaften Schneider, welcher einen Studiosus verklagt hat, der Machtspruch der Proceß-Instruction: »der Richter soll Vergleich zu stiften suchen«; wenn der Richter dieses Gebot nur dahin benutzt, um dessen unmaaßgebliche Sinnesmeinung vor einem solchen Processe noch banger einzuschüchtern? Und wozu bedarf eine gemißhandelte Gattin dieses Machtspruchs, wenn die gewandte Hand eines seelenkundigen Richters, ihren Ehefrieden, aus eigenem Antriebe, friedlich wieder aufbaut. Warum sollte ich mich nach einer Wechselprocedur sehnen, wenn der Richter dem simpeln Executivprocesse schon soviel Nachdruck und Promtheit zu geben weiß, als ich sie mir von jener Procedur verspreche? Und wie befinde ich mich bei einer Wechselproceß-Ordnung: wenn der bestochene Richter gesetzwidrig so lange Fristen darin gibt, daß mein Schuldner, mit Sack nnd Pack, entrinnen kann, und wenn eine Beschwerde gegen diese Fristen neuen Zeitverlust, wie neue Geldsummen, kostet? —

XIV.

Wird jeder Civilproceß durch einen Rechtsstreit veranlaßt? (§. 8.)

Schon oben, in unserer Untersuchung Nr. II. haben wir die Frage aufgeworfen: ob der Proceß bloß streitige Rechte zum Object habe? und die Antwort war: nein. Hier aber ist nun nicht von der Objects-Eigenschaft,

sondern von dem Actus des Veranlassens, und nicht von allem Proceß überhaupt, sondern bloß vom Civilproceß die Rede. Die Antwort ist jedoch ebenfalls: nein: d. h. bei weitem nicht alle Civilprocesse werden durch einen Rechtsstreit hervorgerufen: ob man sich nun, unter Rechtsstreit, eine Controverse um das fundamentum agendi, vel excipiendi, remotum, oder aber um das proximum vel intermedium denke.

Ohne wiederholen zu wollen, was von dem oben Gesagten auch hieher paßt, erinnern wir nur kurz an die oft fast zahllosen Klagen von bekannten, und sogar auch von unbekannten (13) Creditoren, welche sich im Liquidationstermin eines Concurses anmelden, ohne daß je ihr Recht vorher in Streit gezogen worden war. — Ferner mögen die Fälle zum Beweis dienen, wo ich die actio confessoria gegen den unbekannten Erben, oder die actio hypothecaria gegen den, sogut wie verschollenen, Besitzer eines benachbarten Weinbergs anstellen will. — Hauptsächlich aber berufen wir uns auf die Tausende von Beispielen, wo ein bedrängter debitor (z. B. ex emto-vendito, locato-conducto, mutuo dato-accepto) nach wiederholten Zahlungs-Versprechungen und nach hundertfältigen Frist-Bitten und Zusagen, dennoch plötzlich, unversehens, von einem nothlei-

---

(13) Z. B. Haushaltungscreditoren einer, in ehelicher Universal-Gütergemeinschaft lebenden Ehefrau des Cridars; auswärtige negotiorum gestores; die Creditoren eines auswärtigen, die Firma führenden, Factors; Cessionarii von bekannten Creditoren des Cridars; unbekannt gewesene Hypothekar-Gläubiger, die ihr Pfandrecht auf ein Landhaus des Cridars von dessen vorigem Eigenthümer ableiten ꝛc.

denden, oder herzlosen Creditor gerichtlich belangt wird: ein Fall, worein, wie die Erfahrung lehrt, nicht selten pantoffelscheue, ehebrecherische Schwängerer, durch ihre Kebsweiber, und flitterlumpige Schwiegerväter (14), durch die, nach dem versprochenen Heirathsgute dürstenden, bedürfnißreichen Schwiegersöhnchen versetzt zu werden pflegen. *Littera* (actionis!) *non erubescit* (15).

Es scheint hier Martins, mit Recht gerühmtem, praktischem Scharfblick entgangen zu seyn, daß ja unser Civilproceß, außer dem Zwecke, den Declarations-Ausspruch eines streitigen Rechtes zu erzielen, auch noch den weiteren habe: die praktische Realisirung dieses Ausspruches, durch Zwang, zu veranstalten; und daß also Tausende, welchen dieser Ausspruch diesseits der Gerichtsschwelle täglich wiederholt wird, dennoch sich gedrungen glauben können, zum Behufe des zweiten und Haupt-Zweckes, den Weg des Processes, als den einzigen oder sicherstem zu ihrem Ziel, einzuschlagen: so wie, ferner, daß Manche, bloß weil das Gericht, ohne vorangegangenes Endurtheil, nicht definitiv exequirt, ohne mit ihrem Gegner je gestritten zu haben — ja ohne ihn zu kennen, den Gang des processualischen Streitverfahrens, — und wäre es auch bloß in contumaciam, — geduldig durchmachen müssen (16).

---

(14) Vergl. z. B. J. G. Büsch's Erfahrungen: in der Abhandl. über das Wohlleben des Kaufmanns in großen Städten.

(15) Ebendarum wird ein großer Theil solcher Klagen durch die Oeffentlichkeit des Civilgerichts-Verfahrens verdrängt: wie der Schuhu vom Sonnenlichte.

(16) Besonders häufig ist dieß der Fall bei solchen, auf einen Bürgen vertrösteten, Gläubigern, die (trotz der

Den Verfasser dieser Zeilen hat eine sechs- bis siebenjährige Gerichts-Erfahrung gelehrt, daß ohngefähr die Hälfte aller Klagvorträge ohne vorangegangenen Rechtsstreit angebracht werden. Auch besteht die Proceß-Instruction alsdann meistens in Vorwürfen, Klagen und Friststipulationen; statt in einem wahrhaften Rechtsgefechte.

Demnach hätte das Compendium wohl besser etwa so gesagt: jeder Civilproceß entsteht dann: wenn Jemand durch des Civil-Richters Vermittelung zur vorenthaltenen Realisirung eines Rechtes gelangen will.

XV.

Eigenmacht ist nicht überall ein denkbares Surrogat der Hülfe des Civilrichters. (§. 8.)

Wenn wir der Eigenmacht eine Ausdehnung geben, wie sie solche, im exorbitantesten Grade, zur Faustrechtszeit gehabt hat: das heißt, wenn wir einem Unterthanen, zum Behufe von deren Ausübung, nicht nur Hunderte von Reissigen und Knechten, sondern ganze Regimenter, zur Befehdung von Städten und Markgenossenschaften, ja

---

Ueberzeugung von der Fruchtlosigkeit,) durch vorangeschicktes Ausklagen des Hauptschuldners, der **exceptio ordinis v. excussionis** zuvorkommen wollen.

ganze Heere, zur Bekriegung eines zahlungsflüchtigen Fiscus, leihen; dann dürfen wir etwa behaupten, die Möglichkeit sey hergestellt, alle körperlichen Sachen (so mobile wie immobile, so fungible wie nichtfungible) durch Selbsthülfe dem Verpflichteten abzujagen, auch wohl Handlungen desselben zu erzwingen; und wenn wir ferner der Eigenmacht erlauben, solche Personen, vor deren looser Zunge, oder giftiger Feder, sie bangt, aus der Reihe der Lebendigen zu vertilgen, um ihnen Mund und Hand durch den Tod zu lähmen; dann mag die Eigenmacht vielleicht in Stand gesetzt seyn, sich gegen künftige Injurien und Diffamationen, eben dieser Subjecte, Rath zu schaffen. — Wie aber fangen wir es an, um durch Privatgewalt auf die Rechtsbegriffe der gesammten Staatsgesellschaft, des Inlandes wie des Auslandes, zu wirken: mit anderen Worten, wie können wir, im Wege der Eigenmacht, solche Rechte realisiren, über welche gerade nur der Staat, durch die Hand seiner Agenten, verfügt, nachdem eben er sie zuvor erschaffen hat? Wie vermöchte z. B. ein vorgeblicher Bastard, welcher sich, mit gezücktem Dolche, seinem unnatürlichen Vater zu Tisch und Dach aufdränge — ja denselben sogar nöthigte, ihn für seinen legitimen Sprößling auszugeben: wie vermöchte er es, frage ich, durch diese Selbsthülfe zu erzielen: daß alles Volk ihn für den ehelichen Sohn dieses Vaters agnoscirte? Was könnte es Dem frommen, welcher, auf gleiche Weise, eine ehescheue Verlobte zwänge, mit ihm zu concumbiren? Würde sie darum im Publicum als seine Ehefrau gelten? Ein verstandesreifer Curande kann zwar schon im 18ten Lebensjahre eigenmäch-

tig, sich des Joches von seinem diebischen Curator enthalfen; allein bewirkt er dadurch, daß dieser Schelm auch in alle Abgründe einer processualisch begründeten infamia stürze? Eine enterbte, ungerathene Tochter kann zwar, mit Hülfe von zahllosen Galanen, dem heres institutus, ihres Vaters Nachlaß entwinden; allein wird darum jeder Mitbürger sie als rechtmäßige Erbin ansehen und ihr auf das Erbschafts-Wohnhaus einen landläufigen Hypothecarcredit geben? Wer vergebens, Jahre hindurch, auf Geldversprechungen eines Fiscus gebaut, kann (und zwar nicht ohne Schein von Billigkeit) seine Privatcreditoren vielleicht, zur Fristbewilligung, selbstbehülflich zwingen; allein wird er dadurch sich dieselbe Ruhe und denselben Credit der Loyalität sichern, als wenn er, processualisch, diesen Creditoren ein Moratorium derselben Regierung opponirt hätte? Der Sykophant, welcher mich bei den Fürsten als einen Jakobiner, bei den Constitutionellen aber als einen Ultraroyalisten angeschwärzt hatte, könnte vielleicht, durch meine Schriftsteller-Feder, als gefährlicher Vampyr hingezeichnet werden; allein stände dadurch, in den Augen des Ministers wie des Lampenputzers, der Hofdame wie der Ofenheizerin, derselbe Triumph zu erzielen, wie wenn ich mir von diesem Calumnianten, im Wege des Civilprocesses, Widerruf und Ehrenerklärung erzwänge?

Darf ich, meiner alten Liebhaberei nach, in Allegorien sprechen; so sage ich: Vielen hat schon der Spinozismus, und Vielen der Kantianismus durch ein hagestolzes Leben geholfen; wer aber ein sanft-frommer herrenhutischer Ehevogt heißen will, darf seine

Braut nicht mit dem Säbel in der Faust aus dem Schwesternhaus entführt haben. — Wer unter Robespierre für einen guten Republikaner passiren will, darf dem Steuer-Percepteur keinen ausländischen Tobak aufdringen, statt ihn mit Assignaten zu bezahlen. —

Es hätte demnach Martin, meiner Ansicht nach, hier etwa so sprechen sollen:

Im außergesellschaftlichen Zustande vertritt Selbsthülfe die Stelle dieses gerichtlichen Beistandes. Diese wird aber (auch abgesehen von ihrer Unzulänglichkeit im Social-Verbande) in deutschen Staaten, aus den begreiflichsten Gründen, nicht geduldet: ausgenommen in Nothfällen ꝛc.

XVI.

Gegen wen sicherte das gewesene deutsche Reich seine Civilrichterhülfe zu? (S. 9.)

Wenn das Compendium hier behauptet: »der deutsche Staat sicherte dem, (auch) im deutschen Gebiete vermeintlich (17) Gekränkten den Weg Rechtens gegen Deutschlands Unterthanen zu«; so ist dieß entweder idem

---

(17) d. h. seiner Meinung nach. Das Prädicat vermeintlich involvirt die Behauptung eines Irrthums.

per idem gesagt, oder es ist ein Irrthum: das heißt: entweder meint Martin nur soviel: der deutsche Staat sicherte gegen alle Diejenigen den Civilgerichtsweg zu — wogegen er sie eben zusicherte; — oder er hat Unrecht, wenn er hier bloß die Unterthanen nennt.

Unter einem Unterthanen des hiesigen Staates versteht das Staatsrecht eine solche Person die, auf eine, nicht bloß vorübergehende Weise, der hiesigen Staatsgewalt Gehorsam schuldig ist. Niemanden wird es einfallen, die Signora *Catalani*, wegen eines dreiwöchentlichen Aufenthaltes in Berlin, eine preußische Unterthanin zu nennen: ob sie gleich während dieser 21 Tage Preußen unterthänig ist: sowenig als man den volksfreundlichen König von B****n darum einen Militär-Chirurgen nennen wird, weil er einem seiner nothleidenden Krieger eigenhändig eine Fußwunde verbunden hat. Darum wird dieß Niemanden einfallen, weil die Unterthanschaft ein Stand ist, und nicht ein bloß zufälliger Connexus von Handlungen oder Gesinnungen: wie die Unterthänigkeit: darum — weil nicht Jeder, der einmal beiläufig die Hora der Katholiken mitsingt, ipso jure schon ein Katholik ist.

Nun haben aber die Civilgerichte des vormaligen deutschen Reiches, ihre Hülfe keineswegs bloß gegen fixirte, das heißt wirkliche, Unterthanen administrirt, sondern auch gegen durchpassirende Fremde: ja, was noch weit mehr ist, gegen Ausländer, die den deutschen Boden nie gesehen, sondern bloß zufällig irgend ein großes oder kleines, fahrendes oder liegendes Besitzthum — selbst nur einen geldeswerthen Rechtsanspruch — in Deutsch-

land hatten, oder aber, die durch Anhängung einer Klage im germanischen Gebiete, Veranlasser von einer Widerklage ihrer Gegenpartei gewesen waren (18).

Wenn daher Martin das Wort Unterthanen hier in seiner eigentlichen und landläufigen Bedeutung genommen hat; so müssen wir ihn daran erinnern, daß sein Satz unrichtig und die vormalige Civilgerichtshülfe auch noch gegen andere Personen als die Unterthanen Deutschlands verliehen worden sey. Will er unter Unterthan aber hier, uneigentlicher (19) und singulärer Weise, jede Person verstehen, gegen die Deutschland seine civilrichterliche Hülfe versprach und verlieh; so ist es wahrlich eine plane Tautologie, wenn er uns emphatisch ankündigt, »daß Deutschland gegen seine Unterthanen die Staatshülfe zusicherte.« Fragen wir ihn nämlich alsdann: wer sind denn die Unterthanen? so hat er nichts zu entgegnen als: eben Diejenigen wogegen er die Staats- (i. e. Civilgerichts-) Hülfe zusicherte.

Meiner Ansicht nach hätte der Verfasser hier schlechterdings tiefer ausholen und andeuten sollen: welches die civilistischen Fälle seyen, worin ein Mensch in die, jenseits der Aussicht auf Staatshülfe, zubilligende Versuchung der Selbsthülfe gerathen könne oder müsse.

---

(18) Vergl. Martins Compendium: §. 51.

(19) Um diese Uneigentlichkeit recht stark zu fühlen, denke man sich, z. B., daß mit einem solchen Unterthanen, in concreto eine französische Stadt, oder ein schweizerischer Kanton gemeint sey.

Auf diesem Wege würde er dann unfehlbar zu der Bemerkung gelangt seyn, daß in diesen Fällen, sowohl activ als passiv, zahllose Interessenten eine bedeutende Rolle spielen können, die keineswegs Unterthanen im eigentlichen Sinne (20) des Wortes, vorstellen: wenn gleich nicht zu leugnen ist, daß sie (und sey es auch nur als Inhaber von bestimmten — in Frage stehenden — Vermögensstücken) als Proceßparteien, solang der Proceß dauert dem Richter untergethan (21) sind.

---

(20) Der Code Napoléon läßt sogar Ausländer (ohne Rücksicht auf irgend ein, in Frankreich liegendes, Vermögen derselben) wegen Contracten, die sie mit einem Franzosen in Otaheiti geschlossen, vor französische Tribunale ziehen. Vergl. Grolman's Comment. über den Art. 14. des C. N.

(21) Sit venia verbo! „Unterthänig" mochte ich darum nicht sagen, weil es eine gewisse Hingegebenheit der Gesinnung oder der Mienen, oder des Benehmens andeutet, wovon solche Personen, von Denen wir hier handeln, oft himmelweit entfernt sind: (z. B. wenn ein, in Moskau lebender, Russe hier in contumaciam verdammt wird, ohne ein Glied, auf die hiesige Klage, gerührt zu haben: und sich alsdann bei seiner Regierung ob laesionem juris gentium beschwert).

XVII.

Gelangt der Arme zu unentgeltlicher Civilrechtspflege? (§. 10.)

Es ist ein äußerst unverdientes Lob, wenn Herr Martin seinem Schooßkinde, dem gemeindeutschen Civilproceß, nachrühmt, daß er eine Landstraße sey, die der Arme, frei von allen Weg- und Geleitgeldern, beschreiten dürfe. Ein jämmerlicheres Beneficium gibt es in der weiten Welt kaum, als das sogenannte Armenrecht dieses Processes. Wie hätte sich dies auch anders erwarten lassen: unter einer Verfassung, wo man die Justiz principaliter als eine Melkkuh des Fiscus ansah, und jeden Thaler beseufzte der als Kammerzieler nach Wetzlar auswanderte?

Um zu dem Genusse dieses gepriesenen privilegii zu gelangen, muß man erst einen öffentlichen Eid abschwören, vor welchem ein mit einem point d'honneur ausgestatteter Straßenkehrer wohl zurückscheuen (22) kann: »wie man nämlich zur Sportel-Advokaten- und Procura»toren-Zahlung ganz unfähig sey;« und ist man an einem solchen Eide nicht erstickt — was hat man errungen? Credit bis zum künftigen Gewinste des Processes,

(22) Machen doch die Herrn Martin und Compagnie, wenn es gilt, die Oeffentlichkeit der Rechtspflege anzuschwärzen, soviel Geschrei von der Lobenswürdigkeit der *pauvreté honteuse!* Warum erschrecken sie denn hier

oder bis zu anderweitiger Vermögens-Besserung; keineswegs aber, wie Martin meint, unentgeltliche Rechtshülfe. »Borgen ist nicht Schenken«: sagt ein altes Sprichwort. Es trifft dieses Brocardicon hier in so greller Wahrheit ein, daß dieses flebile juramentum mir, bei Leibe nicht zur Rückgabe Dessen verhilft, was ich schon an Sporteln und Deservicen bezahlt habe (denn: so argumentirt man: was bezahlt ist, konnte auch gezahlt werden (23)); und wenn ich gleich in meinen Eid die Betheuerung eingeflochten hätte, daß meine jüngste Relations-Gebühr-Zahlung das Resultat der Verpfändung meines letzten Hemdes und der Wärm-Entbehrniß meiner kranken Mutter gewesen sey (24).

Stehen dergleichen Schönheiten im neuen rheinischen Merkur bewundert; so mögen wir uns vielleicht zu guter Zeit noch besinnen; — Wessen Gottheit Mercurius sey.

---

nicht vor dieser wahren Selbstzernichtung aller *pauvreté honteuse*? — Glauben sie etwa, daß es einem, fleißigen aber verfolgten und verkannten, Schuster leichter werde, sich öffentlich für unfähig zur Bezahlung von 5 Gulden an die Sportelkasse, als zur Rückzahlung von 100 Thalern an einen hypothekarischen Darleiher zu erklären? Haben sie sich nicht erinnert, daß ein Ehrenmann, welcher gewissenszart ist, lieber darbt, als um 5 Gulden einen solchen Schwur thut?

(23) Als ob in der moralischen Welt der Schluß ab esse ad posse, zulässig wäre.

(24) Vergl. hauptsächlich v. Selchow's Concepte der Reichskammergerichts-Ordnung. Göttingen, 1782. Bd. I. Th. 1. Tit. 55 u. 96.
und v. Gönners Handb. d. C. Proc. Bd. I. Nr. 24.

XVIII.

Juristischer Charakter der Civilproceß-Ordnungen. (§. 11.)

Mir zufolge ist Martins Behauptung: »die Justiz»verfassung (subintellige: Civilproceßregulirung) bildet »einen Theil des öffentlichen Rechts«, schielend. Die Rechtfertigung dieser meiner Ansicht muß aber, weil ich sie, ohne Noth, nicht allzu summarisch liefern möchte, auf einen Anhang dieser Schrift ausgesetzt bleiben: bei dessen Abdruck alsdann besser erhellen wird, ob wirklich mit Zeit und Raum gezeigt werden müsse (25).

(25) Auch kann dort die, vielleicht jetzt noch mitunter in der Presse liegende, allerneuste Literatur über dieses interessante Thema, in Betracht gezogen werden.

XIX.

Ueber Martins Ansicht von der Verhandlungsmaxime. (§. 15.)

Die Deduction des Compendii von der Nothwendigkeit und Folgerichtigkeit der Verhandlungsmaxime des gemeindeutschen Civilprocesses ist gerade so triftig, als wenn Jemand spräche »da der deutsche Nationalwohlstand in diesem Augenblicke, wo sich die Regierung nicht darein mengt, in schönster Blüthe steht, so folgt mit Nothwendigkeit, daß man überall keine Tobaksregien, Ausfuhrsperren ꝛc., anlegen dürfe«; oder: »da die Reichs-Armee die gelenkigste war, weil sie aus lauter ausgehobenen Leuten bestand, so folgt nothwendig: daß man zur Reichs-Armee niemals geworbene Mannschaft hätte stellen sollen.

Vor allen Dingen ist nämlich die Prämisse unrichtig, daß im deutschen Civilprocesse lauter solche Rechtsverhältnisse zur Sprache kommen, worüber der Kläger freies Dispositionsrecht hat. Ein betrogener Curande hat das Recht, auf Absetzung seines verschwenderischen Curators zu dringen. Wird oder darf aber die Obrigkeit (namentlich die Obervormundsschafts-Behörde) still dazu

sitzen, wenn derselbe dieses, sein Recht unbenutzt läßt (26)? Der Ehemann hat die Befugniß, zu fordern, daß seine Gattin unter seinem eigenen Dach, und nicht (z. B. als Concubine) bei einem Anderen, wohne. Darf aber die Polizei die Augen dabei zudrücken, wenn er diese Befugniß nicht, durch eine Klage, geltend machen will?

Zweitens ist es ebenso unwahr, daß, (auch) abgesehen von solchen Präjudicial-Händeln, wie die soeben angeführten!) unsere Legislation aus dem freien Dispositionsrecht über das Privat-Vermögen die Nothwendigkeit einer Klage des Berechtigten, als conditio suspensiva sine qua non der Staatshülfe betrachte: denn 1) schützt sie, durch ihre criminalistischen Polizei-Anstalten, wie durch ihre Criminalprocedur eben dieses Vermögen, auch unaufgefordert. Die Schaarwachen ergreifen den Dieb und jagen ihm seine Beute ab: während der Bestohlene vielleicht in Agone liegt; und der Inquirent eines Straßenräubers sorgt für die Entschädigung des Beraubten, ohne daß dieser civilistisch der Criminalprocedur adhärirte. 2) Ja selbst im Civilgerichtshofe läßt sie die Sorge und Hülfe des Richters Dutzenden und aber Dutzenden von Berechtigten, in Hinsicht von deren Vermögens-Ansprüchen, angedeihen, ehe sie von denselben dazu aufgerufen ist, ja ehe deren, vielleicht kosakische, Namen bekannt sind: ich meine nämlich im Concursverfahren (27).

---

(26) Vergl. die Reichspolizei-Ordnung von 1577. Titel. 32. §. 3.

(27) Vergl. unten Martins selbsteigene Concurs-

Drittens ist es nicht einmal aus allgemein-politischem Standpunkte deducirbar, daß das Anrufen des Berechtigten die nothwendige conditio sine qua non der Verleihung der Civilgerichtshülfe in Privatrechtssachen sey. Hängen doch noch jetzt Tausende, und Millionen, von Menschen (z. B. das ganze chinesische Reich) an der Idee, daß der Regent Landesvater und jede Regierungs-Handlung von Rechts wegen eine väterliche seyn müsse (28). Was ist nun aber dieser Art von Obhut entsprechender, als daß der Vater, sobald er die Puppe eines jüngeren Töchterchens, in der arglistigen Hand von deren älterer Schwester gewahrt, zum Vortheile von ersterer, unbeauftragt, sie der letzteren abnimmt: wofern nicht etwa die rechtmäßige Eigenthumerin, um des lieben Friedens willen, ausdrücklich erklärt: »ich will meine Puppe nicht mehr«? Wer vermöchte *a priori* zu demonstriren: daß eine weise, wachsame und populäre Regierung sich minder auf den Vortheil des einzelnen Unterthanen verstehe, als der einzelne Unterthan selber (29): zumal wenn an

---

proceß-Theorie und vorzüglich v. Gönners Handbuch: in der vortrefflichen Schlußabhandlung (Bd. 4.)

(28) Vergl. hierüber hauptsächlich Lüder's Kritik der Politik. Göttingen, 1812; Ebendesselben Werk über National-Industrie und Staatswirtsschaft. Berlin, 1804. Bd. 2 u. 3; und De Guigne's Reise nach Pecking, Manila ꝛc. übers. v. K. Müller: 3 Bde. 1810.

(29) Hat man doch in Oesterreich Beispiele erlebt, daß die angebotene Freiheit von der Leibeigenschaft, ausgeschlagen ward. Siehe Büsch: über den Geldumlauf. Bd. II. S. 568. ff.

der Spitze der Regierung ein Alexander I. oder Joseph II. steht, und das Volk ein russisches oder siebenbürgisches ist? Hat nicht *Fouché* zu Paris, genauer gewußt, was an der Tiber geschah, als selbst Pius VII. (30)? Ist es rechtsgemäßer, wenn die Polizei, ohne mich zu fragen, einen falschen Spieler ausschüttelt, welcher, mit einseitigen Würfeln, mir mein Taschengeld abgeknöchelt hat, als wenn sie ohne meinen Auftrag, einen lüderlichen Erbzinsbauern, abmeiert, welcher, böslich, schon mein halbes Landgut ausgemergelt und von Holz entblößt hat? Liegt nicht der Wohlstand des Privatmannes unmittelbar in Gesichtskreis und Interesse der Regierung: — wär' es auch bloß um des Steuerkatasters willen?

Viertens endlich ist es gleichfalls nicht wahr: daß dieselbe (und zwar, nach Martin, nothwendige) Maxime, kraft deren der Civilrichter unaufgerufen keine Hand anlegt, mit Consequenz durch den ganzen Proceßgang durchgeführt sey. Ohne hier zu wiederholen, was vom oben Bemerkten auch hier als Beleg dient, erinnere ich nur: daß z. B. der Richter die Acten aus eignem Antriebe versenden kann, daß er Fragen an die Parteien, zum Behufe der näheren Aufklärung ihrer Vorträge, stellen darf und muß, daß er, auch unaufgerufen, nach Gutfinden einen Ergänzungs- oder Reinigungs-Eid auferlegt, daß er eine concrete Procedur aus dem einen summarischen Geleise ins andere hinüberspielen kann ꝛc.

---

(30) Siehe *Goldsmith*: histoire sécrete du cabinet de St. Cloud. 1810.

Alles genau überlegt, kann man daher wohl nur so sprechen: nach vorangegangener Wahl zwischen dem Systeme des inquirirenden und des verhandelnden (oder vielmehr concertirenden) Verfahrens: deren keines dem Wesen des Privatrechts radical (31) widerstrebt, und deren keines roh, ohne Untermischung von Ausflüssen des anderen, ausführbar ist: hat sich unsere Civilproceß-Legislation ungleich stärker zum letzteren Systeme hingeneigt, (ohne doch die Vortheile des anderen ganz unbenutzt zu lassen): hauptsächlich darum, weil 1) das Verhandlungs-Verfahren minder geeignet ist, den Richter aus dem Gleichgewichte der Unparteilichkeit herabzuziehen; und 2) weil bei schlechter Handhabung (Exekution) des einen wie des anderen Systemes — einem Unglücke das jeder menschenkundige Gesetzgeber, sogut wie der Arzt ein Fieber, in seine Rechnung bringt — im Untersuchungsgange die Partei mehr den Richter, im Verhandlungsgang aber, der Richter mehr die Partei deßhalb zur Verantwortung ziehen kann: welch letzteres Verhältniß offenbar minder bedenklich für die Regierung ist. — *Quod quis suâ culpa sentit* (32) *damnum, non sentire videtur.*

---

(31) Das heißt: unter den gehörigen Bedingungen (wie die neue preußische Proceß-Ordnung sie größtentheils richtig aufgezählt) ist allerdings der Inquisitionsproceß auch in Civilhändeln möglich und ersprießlich.

(32) Man vergleiche hauptsächlich den ersten Band der ebenso-geistvollen als gediegenen Motive v. Gönners: zu seinem Entwurf eines neuen Gesetzbuchs für das Civilgerichtsverfahren.

XX.

Wird nur im Civilproceß ein rechtliches Interesse verfolgt? (§. 20.)

Es gibt gewisse Phrasen, woran wir uns, wenn sie einmal gäng und gäbe geworden, so sehr gewöhnen, daß wir uns gar nichts Präcises mehr dabei denken. Dahin gehört der Ausdruck: das Geld ist im lebhaften Umlaufe; so wie der Satz: »das ist mein Interesse.«

Martin sagt hier: der Gegenstand der Civilprocedur sey nur das »rechtliche Interesse« des Klägers. Offenbar ist diese Definition so unendlich lax und unrichtig, daß wir gar nicht begreifen, was er denn damit habe sagen wollen; nur soviel gewiß wissend: daß sein Ausdruck auf jeden Fall verunglückt sey. Bin ich denn nicht gleichfalls rechtlich dabei interessirt, daß z. B. ein böser Nachbar, welcher aus Rachsucht meinen Brunnen vergiftet hat, und noch zehnmal zu vergiften bereit steht, im Zuchthause seine Rache abkühle? Ist es kein rechtliches Interesse für mich, daß die Polizei eines, an mein Wohnhaus angrenzenden, Grobschmied's leichtsinnig gebaute Feueresse niederreissen lasse, damit ich, und mit mir die ganze Stadt, von steter Feuersbrunst-

Besorgniß erlößt werde? Verfolgt ein Erbe nicht sein rechtliches Interesse gegen die Creditores defuncti, wenn er durch die Beamten der jurisdictio voluntaria den Nachlaß inventiren läßt?

Diese Fragen muß Martin sich allerdings selber auch aufgeworfen haben: und ihre Bejahung ist wohl unvermeidlich.

Er hat daher unter dem Wort Interesse sicherlich etwas Anderes verstanden: und zwar etwas weit minder Generelles. Diesen seinen Wortverstannd, welcher freilich durch kein Lexikon je wird gerechtfertigt werden können, errathen wir nun aus der Note h: wo er sagt: »also keine öffentliche Strafe.« Der öffentlichen Strafe steht die Privatstrafe entgegen: und unter dieser letzteren denkt er sich wahrscheinlich eine Geldstrafe zum Vortheile des Klägers. Wir sollen also, allem Anscheine nach, unter »rechtlichem Interesse« des Klägers, bloß dessen Interesse an Vermögens-Ingredienzen — an Werthen, die zu Geld taxirbar sind, begreifen. Dieß ist ja aber nun gleichfalls, in zweifacher Hinsicht, falsch: einmal nämlich, indem ja keineswegs alle, im Civilproceß auszuwirkenden, Privatstrafen pecuniäre sind: namentlich Widerruf, Abbitte, Ehrenerklärung, oder Ausschließung vom Beischlafszwangsrechte, wegen einer, durch Ehebruch herbeigeführten affinitas superveniens (33); und zweitens, indem überhaupt ja, bei weitem, nicht alle Interessen, die im Civil-

---

(33) S. Wiese's Handbuch des Kirchenrechts. Bd. III. §. 281.

processe ventilirt werden, in Geld anschlagbar sind; z. B. das Interesse des künftigen Vermünders, daß ihm die Erziehung eines Verwandten vorzugsweise zu Theil werde; das Interesse des Ehemannes, von einer bösen Xantippe geschieden zu werden ꝛc. Gleichwohl muß aber die Analogie der Geldstrafen, oder besser gesagt, die, beispielsweise, von Martin angedeutete Geldstrafe, uns auf die Meinung führen, als habe er jene reinmenschlichen Interessen für keine rechtlichen anerkannt: denn, hätte er dies gethan, wie wäre es ihm möglich gewesen, die Verfechtung von rechtlichen Interessen zum charakterisirenden, also exclusiven, Objecte der Civilprocedur zu machen: während das Criminalverfahren doch zehen- und hundertfältig insofern im gleichen Verhältnisse steht?

Verfechtung des »rechtlichen Interesse eines Klägers« zum charakteristischen Zwecke der Civilprocedur machen: heißt soviel als sagen: der Handelsstand differirt darin von anderen, daß er — der gelderwerbende ist.

Das Compendium hätte vielmehr das civilistische oder Privatrechts-Interesse, inwiefern es vor die jurisdictio contentiosa gehört, hier nennen, aber freilich, zugleich, auf eine (schon weiter oben, von ihm aufzustellen gewesene!) Definition des Privatrechts verweisen müssen!

XXI.

Inwiefern hat es jeder Kläger mit einem bestimmten Gegner zu thun? (§. 20.)

Will Martin mit der Behauptung: »es wird, im »Civilprocesse, nur das Interesse des Klägers wider einen »bestimmten Gegner verfolgt« soviel andeuten: daß immer nur Der oder ein Solcher mein Civilproceßgegner seyn könne, wider den mein Recht gerichtet ist: ob er nun, ohne daß ich weiß, Staats- oder Privatmann sey, am Hottentotten Land oder auf Spitzbergen wohne, A oder Z heiße, lebendig oder todt sey; dann hat er freilich Recht, wenn er sagt: daß ich es mit einem bestimmten Gegner zu schaffen haben müsse, und zwar mit einem Gegner von menschlicher Organisation: denn kein Proceß ist denkbar, ohne irgend einen, wenn auch nur idealischen Gegner (z. B. den Fiscus): so wie kein Recht ohne einen Verpflichteten.

Ist dies aber wirklich seine Meinung, so begreife ich nicht, wie er nicht nur dem Worte Gegner, welches schon an und für sich bezeichnend genug gewesen wäre, das Prädicat »bestimmten« voranstellen mochte, sondern sogar dieses Prädicat durch gesperrte Lettern noch besonders

betonen konnte. Mit demselben Rechte könnte er es zum Charaktermerkmal eines gemeinen Musketiers auf dem Schlachtfelde machen, welcher in Pulverdampf gehüllt auf eine gegenüberstehende Masse von feindlichen Uniformträgern losfeuert: daß er es auf einen »bestimmten« Gegner gemünzt habe. Wer wäre aber dieser bestimmte? Antwort: »ein Mensch: und zwar Der — welchen er gerade trifft: — wenn er einen trifft.«

In der That kann man nämlich kaum behaupten, daß der Civil-Proceßgegner, überall, genauer bestimmt sey, als dieser Widersacher unseres Musketiers.

Man denke z. B. an folgende Fälle: es wollte ein Kaufmann mit den etwaigen Intestaterben seines ehemaligen Handelsgesellschafters, den, mit letzterem schon begonnenen Theilungs-Proceß fortsetzen, ohne zu wissen, ob solche Erben vorhanden sind, ob sie noch leben, wo sie wohnen oder wie sie heißen (31). Oder es wollte eine Frau, ex capite desertionis matitiosae, von ihrem Ehemanne geschieden werden, der vor 10 Jahren auf den Wallfischfang ausgesegelt ist und seither nichts mehr von sich hören ließ: ohne daß sie wüßte, ob er noch auf Erden lebe oder nicht. Oder ein Unmündiger hätte am Spieltische zweien pseudonymen Rouge et noir-Pointeurs, seinen kostbaren Reisewagen verkauft, auch wirklich tradirt: der Wagen stünde jedoch noch hier deponirt; während die Käufer in fremden Bädern (der Himmel weiß in welchen,) umherfahren; und er wollte

---

(31) Vergl. unten §. 291. von Martins Compendium.

nun in integrum restituirt seyn. Oder es will Jemand den usus an einem Hause einklagen, in dessen Besitz ein Venter eingesetzt ist: ohne daß er weiß, ob unter dem Begriffe von diesem Venter, 1, 2 oder gar 3 Embryonen, es sey nun männlichen oder weiblichen Geschlechts, verstanden seyen: ja ohne daß er weiß, ob sie im Augenblicke der Klaganstellung nicht schon todt sind ꝛc.

Daß Martin nur von einem (bestimmten) Gegner gesprochen hat, statt von einer Gegenpartei (worunter sich auch eine, aus 300 Köpfen bestehende, Streitgenossenschaft denken läßt) zu reden, mag eher zu entschulden stehen: indem dieser Eine hier gleichsam als Repräsentant von einem ganzen Schwarme gedacht werden kann: etwa so wie der miles perpetuus in Schillers Satze: »der Soldat allein ist der freie Mann.«

Ich, meines Ortes, würde an des Verfassers Stelle gesagt haben: »wider eine, im Auge des posi»tiven Gesetzes als solche erscheinende, Gegenpartei: (diese sey nun eine moralische oder eine physische, eine Individual- oder »eine Collectiv-Person: eine *persona denata*, »*superstes* oder *nascitura*.«)

XXII.

Es können auch Streitigkeiten über künftig wirksame Rechte (und Verbindlichkeiten) civilprocessualisch ventilirt werden. (§. 24.)

Soviel liegt allerdings auf platter Hand, daß ich jetzt noch kein Recht geltend machen könne, welches ich jetzt noch nicht besitze: so gewiß als ich auf keinem Schlitten reisen werde, der erst erbaut werden soll. Aber vom Geltendmachen spricht auch Martin hier nicht, sondern bloß vom Verhandeln; und da ist denn seine Behauptung: daß sogar nicht einmal eine Verhandlung wegen eines künftig geltend zu machenden Rechtes statthaft oder dankbar sey, allerdings auffallend: — und zwar mit gutem Grunde.

Kann denn nicht ein künftig erst zur Wirksamkeit gelangendes Recht die Bedingung eines solchen seyn, welches ich jetzt geltend machen will und (vorausgesetzt, daß jener Bedingung Genüge geschieht) auch darf? Kann nicht das in der Zukunft wirksame Recht der Zweck seyn, welchen ich durch das jetzt wirksame, als durch das legale Mittel, erreichen will? Sollte es unter solchen

Verhältnissen unzuläßig — ja sollte es nicht nothwendig seyn, bei der Verhandlung über das bedingte Recht, auch das bedingende, — neben dem, das bloße Mittel vorstellende Recht, auch das, welches den Zweck ausmacht, zu ventiliren?

Die Antwort hierauf springt wohl in die Augen. Die Baufälligkeit eines benachbarten Hauses z. B. berechtigt mich jetzt, von dessen Eigenthümer eine Caution zu fordern: daß er mir mein künftig wirksames Recht auf Ersatz des Einsturz-Schadens, realisiren werde. Sollte dieser Nachbar hier, meiner Klage auf jene Caution, nicht die exceptio litis ingressum impediens des Verzichtes auf die Ersatzleistung opponiren können? Gilt nicht Dasselbe in allen den Fällen, wo (nach der, von Mevius (32) berichteten deutschen Rechtsnorm) Jemand, von einem Verschwender, jetzt eine Caution fordert, wegen einer erst künftig fälligen und realisirbaren Forderung?

Ich, meines Ortes, würde also hier von einem Exequiren, und nicht von einem bloßen Verhandeln, gesprochen haben.

---

(32) S. Dessen Decisiones: Buch I. Nr. 73.

XXIII.

Ueber die Willkührlichkeit der Herstellung einer formellen Connexität. (§. 27.)

Martin meint: es hänge die Herstellung einer formellen Connexität, nur »meistens« vom freien Willen der Parteien ab: so daß es mithin doch auch Fälle gäbe, wo die Parteien zur Anhängung einer Wiederklage, oder zur Klagen-Häufung, gezwungen wären.

Hält er die menschliche Willkühr (33) schon in solchen Fällen für aufgehoben, wo Klugheit, oder gar ein Zusammenfluß von beängstigenden Umständen, den Rath — ja den dringenden Rath, einflößen, etwas Bestimmtes zu thun; so hat er Recht; aber nur einigermaßen Recht. Ich darf nämlich, nach dem hochweisen kanonischen Ci-

(33) So wie Jener, der Herrn von Kämpele's schachspielendem Türken dadurch seinen Maschienen-Charakter, trotz allem Anscheine von menschlicher Willensfreiheit, durch die Behauptung zu salviren wähnte: daß die (marionettenartigen) Züge des Türken dem Gegenspieler, (ohne alle Möglichkeit einer Abweichung) dessen Gegenzüge wahrhaft abnöthigten: so daß das Ganze, dennoch, gleich einem auswendig gelernten Schauspiel ablaufen könne.

vil-Proceßrechte, solang Jemand beim einen Richterstuhle gegen mich procedirt, ihn (in der Regel) nicht mit einer eigenen Klage vor ein anderes Tribunal ziehen. Hat nun ein holder Proceß gegen mich, die erfreuliche Aussicht, ein Lustrum hindurchzuwähren, so kann ich allerdings, unter solchen Constellationen, mich dringend bewogen fühlen, immittelst wirklich auch, wider meinen Gegner zu klagen. Allein das Cap. 3: de rescript. in VI. (1. 3.) sagt ja ausdrücklich: daß dieses Klagen, ebensogut in Form einer conventio, wie einer reconventio, vor sich gehen dürfe: also wäre auch hier noch kein absoluter Zwang! Ebenso darf ich, nach einer gleich superklugen Vorschrift der Novellen, in Deutschland (der Regel nach), nicht mehrerlei Klagen wider denselben Gegner, bei ebensovielerlei Gerichten anhängig machen; sondern ich muß, wenn ich Letzteres thun will, zuvor mit meiner ersten Klage flott werden, um alsdann mit der zweiten anderswo Anker werfen zu können. Allein auch hier bin ich nicht absolut gezwungen, meine sämmtlichen Klagen (im nämlichen Klaglibelle) zu cumuliren; sondern ich kann jede einzelne in einer eigenen Schrift überreichen. Wäre die Entziehung dieser Vergünstigung nicht auch unsinnig und himmelschreiend: indem ja die zweite und dritte Klage mir vielleicht erst alsdann Bedürfniß wird, wann die erste schon ein halbes Decennium hängt?

Ich sage also: Martins obige Behauptung ist einigermaßen, aber noch keineswegs genau genommen, wahr: wenn er, durch Rathschläge der Klugheit oder der Verlegenheit und Angst, die menschliche Willensfreiheit

für gänzlich gefesselt erklären will. Allein ich zweifle gar sehr, daß er dies wollen könne: denn was würde daraus folgen? Antwort: daß fast jede Handlung (34) eines Advocaten ein Produkt der eiteln Nothwendigkeit sey, und daß jeder Advocat, welcher den Buchstaben der Gesetze begreift, schnurgerecht und tadellos im Proceß agiren müsse: eine Consequenz die ebensosehr Martins eigenem Advocatenruhm Abbruch thun würde, (denn im Gängelwagen aufrecht zu gehen, ist kein sonderliches Verdienst!) wie sie der niederschlagenden Erfahrung von der Legion aller Advocaten-Fehlschüsse, Hohn spricht.

Es war daher wohl nur ein lapsus calami, wenn der Verfasser in einigen Ausnahmsfällen, die, in der That, überall nicht vorwalten, die Willkühr von der Produktion einer formellen Connexität ausschloß. Wahrscheinlich wollte er eigentlich nur soviel sagen: In der Herstellung oder Vermeidung einer formellen Connexität kann sich die Klugheit einer Proceßpartei offenbaren: da die Gesetzgebung, in den meisten (35) Fällen, jene Herstellung dem *arbitrium* ebenso frei läßt, wie sie diese Vermeidung eigentlich mit gar keinen unausweichlichen Legal-Nachtheilen bedroht.

---

(34) Denn die meisten stehen unter dem, wenigstens zu wünschenden, Einflusse von solchen Rathschlägen.

(35) Nicht in allen: denn z. B. eine Lehnssache darf ich nicht immer neben einer Handelssache, im nämlichen Libell, oder auch nur beim nämlichen Tribunal, anhängig machen,

XXIV.

Was sind civilprocessualische Haupt- und Nebensachen? (§. 28.)

Dem Compendio von Martin zufolge, hat man unter zweien, materiell connexen, Streitsachen diejenige die Hauptsache zu nennen, welche für sich allein, ohne alle Verbindung mit einer zweiten, gedacht werden kann; und die andere, welche nur in Verbindung mit ersterer besteht: die Nebensache.

Nun lege ich Martin folgende beiden Fälle vor: 1) Ich klage in Heidelberg den Nachlaß meines Bruders, mit der hereditatis petitio, von dessen hinterlassenem Pflegsohn ein: zugleich aber dringe ich, mit der actio depositi directa, bei einem treulosen Freund in Venedig, auf Rückgabe eines Siegelringes, womit ich, unter Anderem, mein Fraternitäts-Verhältniß mit dem Erblasser erhärten kann. — Welcher von diesen beiden Händeln ist hier undenkbar ohne den anderen? Antwort: keiner. Und doch sind beide materiell connex! und doch muß einer von beiden die Nebensache vorstellen!

2) Oder es klagt der X. gegen seine Schwiegermutter K. auf Herausgabe der ihm versprochenen Dotal-

Wiesen. Nun intervenirt aber F. ein älterer Schwiegersohn derselben K., auf Extradition derselben Wiesen: da sie ihm schon früher zur Ehesteuer versprochen worden seyen. — Welche von diesen zweien Streitigkeiten sollte ich mir ohne die andere nicht denken können? Gewiß keine von beiden. Und doch sind sie materiell connex: und doch können nicht beide, Hauptsachen heißen: wenn anders der Ausdruck: Hauptsache, zwischen mehreren m. connexen Sachen charaktertisirend seyn soll, und wenn es anders ein Unsinn ist, von einer Hauptsache zu sprechen, wo gar keine Nebensachen existiren.

Wollte Martin (was wir jedoch nicht glauben) in Hinsicht des letzteren Falles, sich etwa damit heraushelfen wollen, daß er sagte: »die Klage des früheren Schwiegersohnes F. war doch in der Qualität einer Intervention nicht denkbar, ohne die vorangegangene »Klage des X.«; so entgegnen wir ihm: daß F. seine Sache als Intervention anhängig machte, ist formell, zufällig und willkührlich (36): denn er konnte sie auch anderweitig geltend machen: und die Connexität blieb dennoch stehen — vor wie nach (37): eben weil sie, unabhängig von der, willkührlich auszuerkiesenden, Proceß-

---

(36) Von der Willkühr kann ja aber, Martins eigener Angabe nach, die materielle Connexität nicht dependiren oder ausfließen! — Incidit in Scyllam, qui vult vitare Charybdim.

(37) Denn nur wenn der F. die Wiesen nicht erringt, kann X. seinen, auf diese Grundstücke (in natura) gerichteten Zweck erreichen.

form, in der Materie selber liegt: mit anderen Worten: eben weil sie eine materielle ist. Und was will Martin, auch absehen hiervon, vollends erst auf unser früheres Beispiel antworten?

Indessen — was bedarf es hier weiterer Mühe? Es ist diese Materie durch Genslers ebenso umsichtige als ausführliche Abhandlung (38) schon sogut wie zur Genüge aufgeklärt worden: so daß jeder weitere Streich dieses, ohnehin leere Stroh nur zermalmen, nicht ausdreschen könnte. Das Resultat geht in Kurzem dahin: die Begriffe von Haupt- und Nebensachen sind subjectiv und relativ: Jeder nennt, in jedem Augenblicke, unter mehreren in einem Realnexus stehenden causis, diejenige causa Hauptsache, welche, eben in diesem Augenblicke, das Hauptobject (den Endzweck) seines Strebens bildet; nnd diejenige causa Nebensache, welche (als Mittel oder Bedingung) auf die erstere bloß influirt: ohne ein pars ingrediens von ihr zu seyn.

---

(38) Siehe die vierte Abhandlung im ersten Bande von dessen Handbuch zu Martin. 1814. (Möchte der Same des deutschen Fleißes nie auf steinigtes Land fallen!)

XXV.

Ist Martin's Aufzählung der verschiedenen Erscheinungsformen von Material-Connexität vollständig? (§. 28.)

Die Behauptung Martin's: es gibt (außer den präparatorischen und präjudiciellen) noch Incident-Sachen: involvirt einen zweifachen Materialfehler, welcher aber freilich seine Wurzel bloß in einem Schnitzer gegen Systematik und Sprache, d. h. also gegen die Form hat.

Erstens nämlich wird durch jenen Ausdruck: »es gibt noch«, angedeutet — wenigstens für die Fassungskraft eines Laien angedeutet: — daß die Incident-Sachen den präjudiciellen und präparatorischen coordinirt seyen: so daß z. B. eine präjudicielle Sache (z. B. die vindicatio welche C gegen ein, dem Eigenthumsstreite zwischen A und B schon unterworfenes, Reitpferd erhebt) niemals eine Incidentsache seyn könnte. Nichts kann aber unrichtiger und verwerflicher seyn, als eine solche Ansicht: indem ebensogut die causae praeparatoriae wie die praejudiciales, absolut genommen, bald incidentes seyn

können, und bald nicht. Die präparatorische (39) Sequestration eines Hirschparkes z. B. kann ich sogut während, als vor Anfang des Jagd-Servitut-Processes gegen diesen Park nachsuchen.

Zweitens verleitet das Wörtchen »noch« in Martins obiger Behauptung, zu dem Wahne, als gäbe es, anßer den incidenten materiell-connexen Sachen, keine anderen mehr, welche sich je nach dem Zeitpunkt ihrer Entstehung, mit einem (relativen) bezeichnenden Prädicate belegen liessen: so daß jede causa, welche nicht incidens ist (z. B. die, vor Einreichung der Klage auf Zechbezahlung, vom Wirth erhobene Arrest-Imploration, gegen den Reiseschlitten des Gastes) auch keine materiell-connexe seyn könnte. Dieser Wahn aber wäre, wie stark er auch durch die Worte des Compendii zu rechtfertigen stünde, wo möglich noch jämmerlicher, als jener erstere: indem eine materiell connexe Sache, dem relativen

---

(39) Albern genug, daß man präparatorisch nennt, was eigentlich nur adjutorisch heißen sollte! Eine Streitsache oder auch Nicht-Streitsache (z. B. manches Zeugenverhör in perpetuam rei memoriam) wodurch einer anderen ganzen Sache, die noch nicht begonnen hat, (denn, hat sie schon begonnen, so ist sie keine complette Streitsache, — kein vollständiger Proceß, — mehr), gleichsam Bahn gebrochen wird, heißt mit Recht eine vorbereitende; aber auch nur eine solche. Von Dem aber, welcher während des Processes auf eine Urkunden-Edition, zum Behufe dieses Processes, dringt, kann man ohne Lächerlichkeit nicht sagen: daß er eine causa praeparatoria für jenen ganzen Proceß betreibe; während doch bloß allein die Beweisführung in diesem Processe dadurch präparirt wird. Dennoch lautet so die bisherige Terminologie. Es ist fast nicht minder absurd, als wenn man das Wort privilegium (Sonderrecht) mit: „Begünstigungsrecht“ übersetzen wollte. —

Zeitpunct ihrer Entstehung nach, ebensogut eine Präcedent- oder eine Insequent- wie eine Incident-, ja wie sogar eine Concomitant- (40) Sache seyn kann.

Wenn wir daher auch von aller Verschiedenartigkeit der Bedeutung absehen, und, nach Art der Register-Fabricanten, bloß die verschiedenen Wortlaute der mehrfältigen Prädicate materiell connexer Sachen zählen wollen, so erscheint die Zahl dieser Prädicate im Compendio offenbar unvollständig und mithin der §., seinem Inhalte nach, tadelhaft.

Vielleicht kömmt folgende Stellung desselben der Wahrheit, in Summa genommen, näher.

Materielle Connexität (d. h. Einfluß-Zusammenhang zwischen mehreren Sachen, abgesehen von einer formellen Verflechtung ihrer Verhandlung) besteht keineswegs bloß zwischen Proceß- und Proceßsachen; sondern oft auch zwischen Proceßsachen und causis jurisdictionis voluntariae (41).

---

(40) Es gibt ja concurrirende Klagen, von solchem Wechselverhältnisse, daß die siegreiche Durchführung der einen, der siegreichen Durchführung der anderen präjudicirt. Nun kann ich aber zwei Klagen dieser Art im nämlichen Klaglibell eventualiter cumuliren. Auch kann ich ja mein Recht auf Criminal-Bestrafung eines Menschen, der mich nächtlicherweise, mit einem Flintenkolben niedergeschmettert hat, im nämlichen Libelle geltend machen, worin ich zugleich (adhaerendo) meine actio legis Aquiliae gegen ihn anstelle. Nun präjudicirt aber das Ergebniß der Criminalprocedur (wodurch sich vielleicht herausstellt, daß zwei Andere Bösewichter, meinem Gegner, per vim majorem, den Arm geführt haben!) dem Resultate des adhärirenden (concomitanten) Civilv-erfahrens.

(41) Man denke z. B. an die Exemplification einer,

Je nach dem verschiedenen Standpunkte, woraus man mehrere connexe Sachen betrachtet, erhält die eine, im Verhältniß zur anderen, ein verschiedenes Prädicat. Nämlich:

1) aus dem Standpunkte der momentanen (42) (und subjectiven) Wichtigkeit für eine concrete (43) Partei, erscheint eine materiell connexe Sache entweder als Haupt- oder aber als Nebensache.

Aus dem Standpunkte der Einflußweise (correlativ) betrachtet, erscheint eine materiell connexe Sache entweder als präparatorisch oder als präparirt; entweder als präjudiciell oder aber als präjudicirt.

3) Aus dem Standpunkte des Zeitmomentes der Verhandlung betrachtet, ist die eine materiell connexe Sache, im Verhältniß zu derjenigen anderen, worauf eben jetzt das

---

zur Beweisführung dienenden Urkunde, und an das, schon angedeutete, Zeugenverhör zu bleibendem Gedächtniß.

(42) Für den Principal-Intervenienten ist seine P. Intervention eine Hauptsache; für die bisherigen Parteien aber, in deren Streit er eindringt, ist sie eine Nebensache.

(43) Niemanden wird es z. B. einfallen, meine heutige Klage auf Auszahlung eines Stipendii, eine Nebensache zu nennen, wenn gleich ihr Resultat vom Ausgang eines andern Rechtsstreites abhängt, der vor einem Jahrhundert, über die Giltigkeit des Testamentes, geführt ward, durch welches eben dieses Stipendium gestiftet worden ist.

Hauptaugenmerk geht, präcedent, concomitant, incident oder inſequent.

XXVI.

Muß, in präparatoriſchen Sachen, immer wenigſtens die eine Partei von der präparirten Sache auftreten? (§. 29.)

Bis jetzt habe ich nicht gewußt, daß zwiſchen einem Subjecte, ſo wie es für ſich allein dasteht, und ohne Rückſicht auf ein gegneriſches Subject, ein Proceßhandel entſtehen könne: es müßte denn nur der ariſtophaniſche Hahnenkampf zwiſchen dem δικος und αδικος λογος im Gehirn oder Eingeweide dieſes Subjectes, gemeint ſeyn. Ebenſowenig war es mir bekannt, daß von den drei juriſtiſch verſchiedenen Subjecten, welche jeder Civilproceß erheiſcht (nämlich Gericht, klägeriſche und verklagte Partei) eine die Hauptpartei heiſſe; während doch alle drei gleich unentbehrlich ſind. Wenn daher Martin ſagt: »die vorbereitenden Sachen können nur zwiſchen demſelben Hauptſubject eintreten«; ſo muß ich, um einigen Sinn in dieſer Phraſe zu finden, ſie ſo überſetzen: an jeder präparatoriſchen Sache nimmt mindeſtens die eine von den beiden Parteien der präparirten Sache, Antheil. Dieſen

Satz halte ich aber für unrichtig: und führe zum Beweise dieser meiner Ansicht, nur folgendes einfache Beispiel an: Mein Bruder A. klagt gegen den Schwindler X. auf Rückgabe der, demselben geliehenen Taschenuhr. Zu gleicher Zeit lasse ich, als unbezahlter Hauswirth der Concubine des liederlichen X., wegen meiner Hausmieth-Forderung, Arrest auf die Effecten meiner fluchtdrohenden Schuldnerin legen: und siehe da: es findet sich, in einer arretirten Schachtel, die Uhr meines Bruders: — wie ich es auch nicht anders erwartet. Hier ist meine Arrestsache doch wohl ziemlich präparatorisch für meines Bruders Commodat-Sache!

Woher sollte auch jene Nothwendigkeit des Theilnehmens von einer oder der andern Partei des präparirten Processes rühren? Besteht ja doch die fragliche Präparation selber, beim Lichte betrachtet, bloß in irgend einer Beihülfs-Bewirkung, zum Vortheile der Ventilation oder Execution eines anderen Rechtes. Nun läßt es sich ja aber recht wohl denken, daß dieser Hülfs-Effect aus einem Rechtsstreite zwischen völlig verschiedenen Parteien hervorgehe: uud es kömmt auf die Absicht dieser fremden Parteien nicht einmal etwas an: indem ja, wie Martin selber sagt, alle materielle Connexität überhaupt (und somit auch diese specielle Form derselben), unabhängig vom Parteien-Willen, in den Materien selber liegt: mit andern Worten: indem alles Das präparatorisch heißen muß, was vim praeparandi hat; der Urheber mag nun den animum praeparandi gehabt haben, oder nicht (44).

(44) Die Siege des Cortez über die Mexikaner prä-

XXVIII.

Wird durch präparatorische Nebensachen der Lauf des Hauptprocesses nie unterbrochen? (§. 29.)

Schlechthin unbegreiflich ist es für den Verfasser dieser unmaaßgeblichen Materialkritik, wie sich Herrn Geheime-Justizrath Martins praktische Umsicht in die Behauptung verlieren konnte: daß, durch vorbereitende Nebensachen, der Lauf des Hauptstreites niemals gehemmt werde. — Kann ich denn nicht, mitten im Laufe dieses Streites, den Richter perhorresciren, von dem ich, bei dessen Eröffnung, noch nicht wußte, daß er nicht nur bestochen, sondern auch, meines Gegners Schwiegersohn sey? Kann ich nicht, mitten im Laufe des Hauptprocesses, für meinen Gegner eine Vormunds-Bestellung

---

parirten Nelsons und Wellingtons Siege gegen Buonaparte: denn unter Anderem hat auch das, durch Englands Industrie, aus dem spanischen Amerika gewonnene Gold, die Ausrüstung von den See- und Land-Armeen jener ruhmgekrönten britischen Helden erleichtert: wenn auch nicht gerade erst möglich gemacht.

erbitten, weil ich zu spät erfahren, daß derselbe mundtodt sey? Kann ich meine actio ad exhibendum, wider einen Gegner, dem ich ein Gemälde von Rubens abvindiciren will, nicht gerade erst zwischen das Beweis-Interlocut und das wirkliche Produktions-Verfahren einkeilen? Gilt nicht Dasselbe von einer Urkunden-Edition, wozu ich meinen ränkeschmiedenden Gegner zwingen lassen will? Wird der Lauf des Hauptproceßes nicht unterbrochen, wenn sich mein Gegner (ein vagabunder Schauspieler, der mir ein Manuscript entwandt hat), nach dem Vortrage seiner windigen Einreden, plötzlich aus dem Staube macht, und ich erst Personalarrest gegen ihn, processualisch impetriren muß, um ihn nur zum ferneren stare in judicio (nolens volens) zu bewegen? Kann nicht, (so wie der Fall mir in praxi vorgekommen!) mein Gegner die ganzen bisherigen Proceßacten aus der Gerichtsregistratur escamodiren: so daß ihm, ehe der Proceß weiter fortgehen kann, in der That erst, im Criminalproceß, seine Beute wieder abgejagt werden muß? Ist dieser Criminalproceß nicht ebenso gewiß eine präparatorische, wie eine unterbrechende Nebensache, für die bisherige, civilistische, Hauptverhandlung?

»Interdum bonus dormitat Homerus«: denken wir: ohne Vergleichung im Uebrigen (45).

---

(45) Was möchte wohl der erhabene Barde zu Herrn Martins Angst vor der Oeffentlichkeit der Rechtspflege denken; wenn er lebte? Daß nicht Alle, die zum Volke sprechen: Herr was soll ich thun? des Volkes „würdige Knechte“ seyen.

XXVIII.

Sind alle präparatorischen Sachen summarisch zu verhandeln? (§. 29.)

Nicht minder unstichhaltig als die, in unseren beiden vorangehenden Untersuchungen XXVI und XXVII, angefochtenen beiden Hauptsätze von Martins 29stem §., ist die Behauptung: daß jeder materiell-präparatorische, connexe Rechtsstreit (denn ihm zu Liebe, wollen wir von den Actibus jurisdictionis voluntariae für diesen Moment absehen!) »eine summarische Verhandlung schon »an sich, mit sich bringe«: Welches wohl zu deutsch heißt: ihrem Wesen zufolge, summarisch zu verhandeln seyen.

Offenbar ist der Verfasser auf diese, fast unverzeihliche Behauptung bloß durch das, gänzlich unerklärbare dreifache Cardinalversehen gerathen: 1) daß er sich unter einem präparatorischen Rechtsstreite bloß einen civilistischen denkt; während er doch ebensogut auch ein criminalistischer seyn kann; 2) daß er sich, unter einer präparatorischen Sache, eine absolute Nebensache, statt einer bloß relativen, denkt (46), unter einer Ne-

(46) Wenn ich z. B. als Buchhändler, meinem Geg-

benſache ſelber aber eine geringfügige Sache verſteht; während ſie doch hundertfach wichtiger ſeyn kann als die, für den jetzigen Augenblick ſogenannte, Hauptſache (47): und 3) daß er ſupponirt, jede präparatoriſche Nebenſache, welche jetzt vielleicht der einen Partei als eine ſolche erſcheint, werde auch dem Richter und allen Mitbürgern im Staate, zur Zeit ihrer Entſtehung und Verhandlung, als ſolche erſcheinen; während doch manche ſolche Nebenſache ganze Luſtra vor der Eröffnung der, nachher ſogenannten (präparirten) Hauptſache hergeht, und die, in derſelben auftretende, Partei, welche in der Folge dieſe Hauptſache anhängig macht, ſelber noch nicht an deren Anhängigwerden denkt (48).

Allein — mag des Verfaſſers Irrthum herrühren, wovon er wolle; ſoviel bleibt gewiß, daß ſchon Gensler s Umſicht (49) denſelben nachgewieſen hat: und daß,

---

ner 400 Gulden proceſſualiſch abgerungen habe, und ihm pro reconventione ad 300 fl. mein Haus verpfänden will; ſo iſt, freilich, der Vindicationsproceß, wodurch ich eben dieſes Haus erſt wieder erringen muß, in Beziehung auf jenen kleineren Handel, ſobald man dieſen für jetzt als Hauptſache anſieht, nur eine präparatoriſche Nebenſache. An ſich (abſolut) betrachtet aber iſt er für mich eine große Hauptſache: denn, ſo ſupponiren wir, jenes Haus hat 10,000 Gulden unverpfändeten Werthes.

(47) Z. B. A. will als Erbe des Kaufmannes Z. gegen den Landkrämer K. eine ererbte Zuckerhutforderung à 12 fl. beweiſen; und klagt zu dieſem Behufe von dem treuloſen Buchhalter ſeines Erblaſſers Z. erſt die ſämmtlichen Handlungsbücher ein.

(48) Die, in der vorigen Note angeführten Verhältniſſe, laſſen ſich leicht zu einem Belege hierzu geſtalten.

(49) Auf den Seiten 97—100 von Bd. I, des Handbuches über Martins Civil-Proceß-Lehrbuch.

wenn Herr Martin es zu gering achtet, dergleichen Correcturen, wenn auch nicht eben zu beherzigen, doch, öffentlich, mit Dank zu benutzen, dies ein Beweis ist, daß sein, in der IIIten Vorrede gerühmtes Streben der Mängel: (lese: Hauptfehler:) Abhülfe, gerade so glaubwürdig sey, wie sein Afterreden auf den französischen Proceß, in der IVten und Vten, ein wahrhaftes Volksthum, oder gar ein Evangelium ist.

XXIX.

Noch etwas über Incidentsachen. (§. 30.)

Nie ist ein wahreres Wort in irgend einem Handbuche gesprochen worden, als das von Gensler (50): »daß Martin in diesem §. 30. durch inconsequente Anwendung und unrichtige Principien, seine Eintheilungen der connexen Sachen trübe und zerstöre.« Um nämlich nur das Wesentlichste aus diesem Kneuel von Widersprüchen herauszuangeln, bemerke ich Folgendes:

Erstens ist es im höchsten Grade schielend, wenn Martin sagt: »ohne das Daseyn eines anderen Rechtsstreites, würden Incidentsachen gar nicht entstehen«: denn nur soviel ist wahr, daß sie als Incidentsachen nicht

---

(50) Am angef. Orte S. 87.

auftreten könnten. Auf diese bloß processualische Erscheinungsform, die durch Willkühr veanlaßt wird, kann ja aber hier nichts ankommen, wo wir es mit dem materiellen Connexus der Sachen selber, zu thun haben: denn dieser muß auch bei denen, processualisch, mit dem Prädicat: incidentes belegten, causae, unabhängig von aller Form des Anhängigmachens, eintreten: weil, (wie auf platter Hand liegt und auch Gensler (51) verständlich genug andeutet) dieses incidente Anhängigmachen eben durch jenen Material-Connexus (52) bedingt ist.

Zweitens ist es unwahr, daß eine Incidentsache niemals die Haupt-Streitfrage selber enthalte: denn wenn z. B. der Verkäufer eines Hauses, seinem, mit der rei vindicatio, in Hinsicht dieses Hauses, durch den X. angegriffenen Käufer, im Weg einer accessorischen Intervention, welche doch gewiß eine Incidentsache ist, zu

---

(51) Ebendaselbst: in der Note 32.

(52) Zum Beispiel sind die 10- und 50fach herbeistürmenden Principal-Interventionen, (wenn man sie alle a) dafür ansehen will) wodurch ein Gantproceß herbeigeführt wird, dadurch in Präjudicial-Connex mit der, zu allererst angehängten wichtigen Schuldklage gekommen, daß jeder andere Gläubiger fürchten muß, nicht ganz befriedigt zu werden, wenn der erste Kläger gänzlich befriedigt werden würde. Ein altrömischer Concursproceß war ein wahrhaftes Einschachtelungs-System von Principal-Interventionen — also von Incidentsachen.

---

a) denn einige darunter sind es meistens ohne allen Zweifel; z. B. die Klagen früherer Hypothekar-Gläubiger

Hülfe kömmt; so handelt es sich doch gewiß um das nämliche Thema, wie im Hauptproßhandel selber, nämlich um das vorgebliche Eigenthum des X. Auch ist nichts möglicher als daß eine civilistische actio de dolo, welche ich gegen einen vornehmthuenden Gauner, z. B. einen Grandison (53), anstelle, durch eine Criminal-Procedur unterbrochen wird, welche unter Anderem auch auf ebendenselben dolus — als auf einen Stellionat — inquirirt.

Drittens ist es die grellste aller Contradictionen, wenn Martin meint, daß es gleichgiltig sey, ob eine Incidentsache Einfluß auf die Hauptsache habe, oder nicht. — Sind denn nicht die Incidentsachen eine Species der materiell-connexen Sachen? und ist denn eine materiell-connexe Nebensache denkbar, die ohne Einfluß auf die Hauptsache wäre: wo doch der Begriff von Connexität, und der Begriff von Einfluß-Verhältniß, identisch sind?

Viertens ist es absurd und contradictorisch, von der Möglichkeit einer Incidentsache zu sprechen, welche erst nach der Verhandlung des Hauptstreites entstünde: während doch der Begriff von Incident- oder Zwischen-Sache logisch voraussetzt, daß die Hauptsache noch pendent sey. — Oder hat vielleicht Martin die Verhandlung in der Executions-Instanz des Hauptstreites nicht mit zur Gesammt-Verhandlung des Hauptstreites gerechnet (54)?

---

(53) Siehe den Bd. II. von Pfiffers Criminalfällen. Heidelb. 1817.

(54) Dies scheint beinahe seine Meinung zu seyn:

Dann hat er vergessen, daß ich noch im letzten Augenblicke der Execution, mich mit privilegirten Einreden schützen kann: ein Act, der doch wahrlich nicht im Gegensatze mit dem Actus des Streitverhandelns steht!

Fünftens ist es zwar richtig, wenn Martin behauptet: daß Incidentpunkte nicht immer summarisch zu verhandeln seyen (55); allein es reimt sich nicht mit seinem selbsteigenen Satze (56), daß alle präparatorischen Sachen eine summarische Verhandlung erheischen. Kann denn keine präparatorische Sache zugleich incident seyn? Ist dies nicht mit allen, mitten im Laufe des Hauptprocesses implorirten, Sequestrationen (57) der Fall?

Oder will Martin, um, wenn auch nicht die Wahrheit, doch die innere Widerspruchs-Baarheit, seines Systemes zu retten, etwa sagen: »eben durch meine »obige Bemerkung: daß vorbereitende Sachen den Lauf »des Haupt-Rechtsstreites nicht hemmen: deutete ich »schon an, daß sie niemals Incidentsachen seyn können«; so schlägt er sich dadurch eine zweifache, blutige Wunde:

---

da er im Texte des §. hinter das Wort: „Verhandlung“ erst noch das Wort: „Entscheidung“ setzt. Wahrscheinlich wollte er sagen: „Instructions-Verfahren.“

(55) Zumal da sie, wie gesagt, oft überall gar keine Civil-, sondern Criminal-Proceduren sind.

(56) S. Martins §. 29. in fine.

(57) Von den Bevormundungen, und dergleichen, wollen wir schweigen, um unsern Verfasser nicht an den error calculi zu erinnern, kraft dessen er leider alle actus jurisdictionis voluntariae, bei Aufstellung (und allmähliger Wiederauflegung) seiner Theorie, gänglich vergessen hat.

1) indem er alsdann verräth, daß sein ganzer Begriff von Incidentsachen inadäquat sey. Das Wort incidere ist nämlich durchaus nicht synonym mit inhibere. Wenn ein unvorsichtiger Pilot aus den Armen der Scylla in den Wirbel-Schooß der Chaybdis stürzt, so fällt er zwar in den Wirbel, aber — hemmen kann er ihn sowenig, als das Stachelgebisse des neuen rheinischen Merkur's den Hippogrifen des Zeitgeistes. Durch eine accessorische Intervention z. B. wird der Hauptstreit keineswegs immer unterbrochen: denn das Interesse des Intervenirens liegt ja meistens auf platter Hand. Hieße aber auch incidere soviel als inhibere; so würde weiter nichts daraus folgen als — daß es ein unpassendes Wort für unseren Begriff wäre: weil z. B. eine Urkunden-Edition, die der A. während seines Processes gegen X., vom L. implorirt, nicht nothwendig den Proceß zwischen A. und X. hemmen muß!

2) indem er alsdann Unrecht gethan hätte (58), alle (seine) Nebensachen überhaupt dafür auszugeben, als könnten sie, wenn der Zeitpunkt ihrer Entstehung (id est Anhängigmachung) es so mit sich bringt, auch Incidentsachen werden: da dies alsdann, seiner Ansicht nach, ja doch nur von den präjudiciellen Nebensachen behauptet werden könnte (59).

---

(58) im §. 28. in medio.

(59) Bei soviel eigenen Selbstcontradictionen hätte der Verfasser den, am Schlusse seines §. 30, gegen H. von Gönner gedrehten Pfeil einer argumentatio ad hominem besser — in *petto* behalten.

Subjecte des gemeinen deutschen bürgerlichen Processes.

XXX.

Ueber die Personalität der Hauptsubjecte des Civilprocesses. (§. 31.)

Durch einen übelgerathenen Ausdruck veranlaßt Martin hier den materiellen Irrwahn: als sey es bei jedem einzelnen Hauptsubjecte gleichgiltig, ob es eine physische oder eine moralische Person sey. In Ansehung der streitenden Parteien ist dies allerdings wahr; nicht aber, nach Martins eigenen Angaben (60), in Beziehung auf das Gericht: indem dieses ja niemals bloß aus einem körperlichen Individuum bestehen kann.

Es hätte der Verfasser also sagen sollen: es gilt gleich, ob, außer dem Gericht, auch die übrigen Hauptpersonen sogenannte moralische sind, oder nicht.

(60) S. unten §. 38.

XXXI.

Wer heißt Kläger; und wer: Beklagter? (§. 32.)

Keine Zeile in Martins ganzem Compendio ist mit minderer Umsicht niedergeschrieben, als die, welche uns sagen soll: woran wir den Kläger zu erkennen haben. Ihr Inhalt laborirt an einem zweifachen Hauptgebrechen, wovon freilich das eine noch schlimmer ist, als das andere.

Erstens nämlich ist es gar nicht wahr, daß alle die Personen, welche unser Sprachgebrauch Kläger nennt, wirkliche Leistungen begehren. Leistung ist das Gegentheil von Unterlassung. Nun haben aber zahllose Klagen, welche in unseren Gerichtshöfen ertönen, gerade nur ein Unterlassen oder auch die Beendigung eines bürgerlichen Zustandes zum Zwecke: namentlich z. B. die operis novi nunciatio, das interdictum ne quid in flumine publico fiat, eine Reihe von ächt-confessorischen und negatorischen Servitut-Klagen, die Scheidungsklage einer verlassenen Ehefrau gegen ihren (vielleicht noch obendrein gänzlich mittellosen) Mann, die actio de paternitate negativa, die Klage der Dre-

herzunft auf Niederlegung des Gewerbes von einem unzünftigen Handwerkspfuscher (actio confessoria utilis) etc. etc.

Zweitens ist es ebenso handgreiflich unwahr, daß Der welcher seinen Gegner zu einer Leistung verurtheilt sehen will, nicht gerade immer der Kläger sey. In hundert und aber hundert Fällen ist es vielmehr, im Gegentheile, der Beklagte. Will der Verfasser denn z. B. die, auf des Beklagten Begehren, in einem Decisivdecret (61) an den Kläger ergangene Weisung zur Ablegung eines juramenti suppletorii oder delati, etwa keine Verurtheilung zu einer Leistung nennen? Ja, will er es wagen, aller juristischen Kunstsprache zuwider, das Ansuchen des Beklagten um ein Decisivdecret auf eine Cautionsleistung des Klägers pro expensis oder pro reconventione, oder auf dessen Prästation aller Gerichtsporteln, eine Klage zu nennen? Schwerlich! Aber einer Leistung gilt es hier denn doch auch: und zwar einer solchen, die der Beklagte begehrt!

---

(61) Decisivdecret: sage ich: denn zöge ich die, durch simple, proceßleitende Decrete an den Kläger ertheilten Weisungen hieher, so könnte und würde mich Martin, mit hochwichtiger Miene, auf seinen Ausdruck „verurtheilen“ hinweisen, „welcher ja auf dergleichen Decrete nicht passe.“ Allein ich muß gestehen: daß dieses Vornehmthun mir sehr ärmlich, und als ein abermaliger Sturz aus der Scylla in die Charybdis erscheinen würde: indem alsdann dem Schüler und Leser schon hier im §. 32. anticipando, eine genaue Bekanntschaft mit dem Sinn eines processualischen (der Terminologie der Logik zuwiderlaufenden) Kunstausdruckes zugemuthet würde, mit dessen Erklärung er doch erst unten im §. 103. erfreut werden soll.

Martins Bezeichnung des Klägers ist also auf der einen Seite ebenso zu strict, wie auf der anderen zu lax: und es muß nothwendig eine bessere an deren Stelle treten. Darf nun ich, meines Ortes, an diese mich wagen, so geht meine Ansicht dahin:

1) bei weitem nicht jedes civilprocessualische Begehren an den Richter, um einen Befehl (zum Leisten oder Nichtleisten) an die Gegenpartei, heißt Klage: denn

a) wäre: — wenn man je vom Leisten des Unterlassens sprechen dürfte! — die vom Beklagten begehrte praestatio des künftigen Stillschweigens mit diesem Anspruche, nicht minder eine Leistung, als die vom Kläger z. B. begehrte praestatio der künftigen Enthaltung von der Handwerkspfuscherei.

b) und ferner hätten wir alsdann keinen charakteristischen Ausdruck für solche Leistungs-Begehren, welche die Parteien, gegenseitig, kraft des Buchstabens der Proceß-Ordnung, durch die Mittelshand des Richters, aneinander adressiren: und welche sich von den Klagen auch dadurch wesentlich unterscheiden, daß sie keine judiciellen Rechtsausübungen von selbstständigem Zwecke sind, sondern bloß einer andern, selbstständigen Rechtsausübung, als Mittel, dienen.

2) Alle civilprocessualischen Begehren, obiger Art (Nr. 1.), die ihr Fundament in der Civil-Proceßordnung haben, heißen nicht Klagen, (also auch ihr Urheber nicht Kläger!) sondern Proceßgesuche. Dahin gehört das Begehren, daß der Gegner einen Eid schwöre, sogut wie die Forderung, daß er irgend eine processualische Caution leiste, oder provisorische Alimente bezahle, oder in Arrest marschiere ꝛc.

3) Kläger heißt Der, welcher ein sonstiges (d. h. außerhalb der Civil-Proceßordnung sein Fundament habendes) Civilrecht, im Wege des Angriffs (62), civilprocessualisch geltend zu machen, strebt. Er nimmt, je nach Umständen, auch die Namen: Implorant, Intervenient ꝛc., an.

4) Beklagter ist der, wider welchen dieser Angriff des Klägers gerichtet ist (denn der Begriff von ihm ist correlativ mit dem des Klägers), und welchen die Proceßordnung auf die Rolle der bloßen Vertheidigung verwiesen hat (63).

---

(62) Worin der Weg des Angriffes wesentlich von dem der Vertheidigung defferire, wird sich unten (§. 82.) ergeben.

(63) Falsch ist es, aus Gründen die wir schon oben (Nr. II. u. XIV.) angedeutet, mit Martin, zu sagen: „der „Beklagte ist der, welcher Befreiung von des „Klägers Ansprüchen verlangt.“ Oft wünscht er diese Befreiung nicht einmal; geschweige denn daß er sie verlangte: zum Beispiel der, mit dem Kläger befreundete, Zeitpächter eines Landgutes, welcher, auf die rei vindicatio des Klägers, die laudatio autoris vorträgt: indem er zugleich mit Sicherheit hofft, von Jenem leichtere Pachtbedingnisse als von dem laudirten autor zu erhalten. Oft kann er die Befreiung nicht einmal wünschen: indem er nichts von den Ansprüchen erfährt; — als Abwesender oder als Todter!

XXXII.

Stehen alle Streitgenossen im Gesellschafts-Verhältnisse? (§. 32.)

In unserer unmittelbar vorangehenden Untersuchung haben wir uns, um Herrn Martin den Vorwurf einer allzu inexacten Behauptung zu ersparen, dazu verstanden, sein Wort »verurtheilen« scharf, im Sinne der civilprocessualischen Kunstsprache, aufzufassen; hier üben wir nun gleiche Gerechtigkeit an seinem Worte Gesellschafts-Verhältniß aus: indem wir dasselbe präcise nach der technischen Terminologie des Civilrechtes ausdeuten. Da ergibt sich denn, daß Gesellschafts-Verhältniß den, durch (friedlich-freundschaftlichen) Privat-Vertrag gegründeten Connexus von mehreren Personen, im Staate, zum Behufe der Erreichung eines gemeinsamen Zweckes, bezeichnet. Soll eine Gesellschaft (societas) bestehen, so muß also nicht bloß diese Gemeinsamkeit des Zweckes, sondern auch jener (ausdrückliche oder stillschweigende) Vertrag vorliegen.

Nun kommen aber, de jure sowie de facto, nicht wenige Fälle eines litis consortium vor, wo die verschiedenen Theilnehmer nicht nur in keinem solchen fried-

lichen Vertragsverbande ſtehen, ſondern ſich noch obendrein, für und für, gerichtlich wie außergerichtlich, Neid, Haß und Fehde entbieten. Zum Belege mögen folgende beiden Fälle dienen:

1) Es hinterläßt der X.; gegen den, noch während ſeines Lebens, die rei vendicatio auf einen Forſt erhoben worden iſt, zwei in Feindſchaft liegende Halbſchweſtern, als alleinige Inteſtaterbinnen. Die eine der Schweſtern, welche im alleinigen Beſitze des Forſtes iſt, reaſſumirt den Proceß, verliert ihn aber (kraft einer condemnatio die gegen beide Schweſtern, in solidum, geht (64)), durch die Dummheit ihres Advocaten. Kaum hört dies die andere Schweſter, ſo interponirt ſie, ganz ohne Begleitung der erſteren, auf eigene Hand, unter Verwünſchungen und Spott, die Appellation; und ſiehe da: ſie erlangt, gleichfalls in solidum, eine sententia reformatoria des Obertribunals.

2) Oder, es ſtirbt ein alter Wittwer, und hinterläßt, kraft Teſtamentes, ſeinem, ungezogenen und abgefeimten, Sohn 8000 Thlr. In ſein übriges Vermögen hat er eine alte Kammerzofe zur Erbin eingeſetzt, dieſelbe jedoch mit ſchweren Legaten belegt. Der Sohn ſchleicht nun zur Zofe: ſprechend: »laſſe Du mich, in einem gegen Dich zu erhebenden Proceſſe, den letzten Willen »meines Vaters, per querelam inofficiosi testamenti, »umſtoßen. Dadurch wirſt Du der Legaten-Auszahlung »überhoben, und ich gebe Dir, aus dem Nachlaſſe, tauſend Thaler mehr, als Dir, nach Abzug dieſer Vermächt-

(64) nach l. 55. D. de rei vindic. (6. 1.)

»nisse, übrig geblieben seyn würde«. Der Vorschlag findet Gehör; und der Komödien-Proceß beginnt. Aufgeschreckt durch die handgreifliche Spiegelfechterei, womit die Zofe das Testament vertheidigt, interveniren aber, zu deren großem Verdruß, und nach einer vorangegangenen Balgerei um das Interesse des Intervenirens, die Legatare, und helfen, auf ganz neue Weise, die Sache dieser eingesetzten Erbin, gegen deren eigenen Willen und zu deren größtem Verdrusse, defendiren (65). —

Ist in diesen beiden Fällen ein (friedlicher) Vertrag der intervenirenden Partei mit derjenigen, an deren Seite sie tritt, vorhanden? Welch anderes Band umschlingt beide, als gerade das Verhältniß: daß sie, im Geleise des nämlichen individuellen Proceßganges, sich der nämlichen Gegenpartei widersetzen? Ist dieses Verhältniß enger als das, worin zwei feindseelige Mitbürger stehen, welche zufällig, beim Brand eines Nachbarhauses, von verschiedenen Seiten her, sich in die nämliche Löscheimer-Gasse gepflanzt haben: oder als worin zwei miteinander grollende Bauern stehen, die ihre Pferde, durch denselben Gemeindehirten, nach der Allmend-Weide treiben lassen? Meiner Ansicht nach, gewiß nicht. Ein solches Verhältniß nun heißt aber, eine communio incidens; und nicht, eine societas. Die Streitgenossenschaft besteht überall in einer *communio* (Gemeinschaft); und nur mitunter gerade in einer solchen species von communio, die Gesellschaft (societas), heißt (66).

---

(65) Vergl. l. 29. pr. D. de inoff. test. (§. 2.)
(56) Sehr richtig hat, in Uebereinstimmung mit die-

XXXIII.

Ueber die Willkührlichkeit der Fortsetzung eines Civilprocesses. (§. 36.)

Vollkommen richtig bemerkt unser Verfasser selber, daß eine »gleiche Art der Willkühr beider Parteien (nämlich beiderseitige Freiheit von absolutem Zwange:) die Entstehung des Rechtsstreites« bestimme: Welches, deutlicher ausgedrückt, soviel heißt, als: der Kläger ist ebensowenig unbedingt gezwungen, seinen civil-processualischen Angriff, in einem bestimmten Zeitmomente, zu unternehmen; wie der Beklagte, *re vera*, das heißt unfingirterweise: auf eine bestimmte Tagfahrt, sich dagegen zu vertheidigen. Dem hängt er nun aber die Behauptung an: daß »beide Parteien, in Rücksicht der Fortsetzung des angefangenen Rechtsstreites, weit mehr

---

ser, meiner Ansicht auch H. v. Grolman (im §. 57. seines vortrefflichen Lehrbuches), nur von einer „Gemeinschaft der Litisconsorten“ gesprochen.

Uebrigens ist Niemand bereiter als ich, Martin's Verdienste um die Theorie des litis consortii anzuerkennen.

beschränkt seyen«. — Dies ist ungegründet: denn wenn es wahr ist (was Niemand noch geleugnet!), daß jede Partei, in jedem Momente, wenn sie sich anders denen, hierauf stehenden Nachtheilen aussetzen mag, dem angefangenen Processe zu entsagen befugt ist; so steht es mit Händen zu greifen, daß keine Partei, in Betracht des Zeitpunktes eines einzelnen, ihr obliegenden, Aktes der Fortsetzung des Rechtsstreites, sowie der Ausführung eines solchen Continuations-Actes überhaupt, einer anderen Art von Zwang unterworfen sey, als eben gleichfalls einem hypothetischen Zwange. Will der Beklagte z. B. in contumaciam gegen sich procediren lassen, so kann er ebensogut nach, als im Einlassungs-Termine, die Hände im Schooß behalten.

XXXIV.

Ist keine Partei, als solche, verbunden, der anderen die Rechts-Verfolgung zu erleichtern? (§. 37.)

Nur aus Uebereilung konnte Martin die hier, im Rubrum, aufgeworfene Frage verneinen: denn, nach einigem Besinnen, hätte ihm einfallen müssen, was unten, sein eigener §. 305. lehrt: daß ja der Beklagte, schon als solcher, abgesehen von allen sonstigen Berechtigungs-Fundamenten, vom Kläger die Edition von allen, zu

seiner Defension dienlichen, Urkunden fordern könne. Dies setzt nun aber doch wahrlich eine civilprocessualische Zwangsverbindlichkeit des Klägers, zur Erleichterung der Proceßführung des Beklagten, voraus: indem die Beweisführung ein wichtiges Hauptstück von dieser bildet.

XXXV.

Wer ist befugt, zu prüfen: welche Partei Recht habe? (§. 38.)

Es ist weiter nichts als ein, freilich ins Lächerliche leicht verziehbarer, lapsus calami, wenn Martin sagt: die »Individuen; welche das Gericht bilden, hätten »zusammengenommen das Recht, zu prüfen, wer »Recht hat.« Jener Amtsdiener unseres rheinländischen Hausfreundes, welcher seinem mitleidswerthen Amtmanne, der soeben jeder von beiden Parteien, hintereinander, Recht gegeben hatte: durch den Fingerzeig auf den rechten Weg half: sprechend: »Ei, Ei, so haben wir unter »Euer Gestrengen Vorfahrer, seelig, nicht geamtet: da »hatte doch immer nur Einer Recht; der Andere aber »mußte Unrecht haben (67)«: jener Amtsdiener sage ich,

---

(67) Er erhielt, zum Danke für diese Nothhülfe, die Antwort: „Gut gesprochen, Freund Barthel; da hat jetzt „auch Er Recht.“

müßte, durch ein solches Dogma, gar sehr im Glauben an seine Richterpflichten aufgemuntert werden. Allein, auch abgesehen von diesem unschuldigeren Glauben des Carcerbeschließers und Ofenheitzers; — was wird vollends erst aus unseren Aktuarien werden, wenn sie dies lesen? Ist es nicht, könnte hier ein Schelm fragen, wahrhaft sündlich, diesen sandschwingenden Gerichtspersonen, die ohnehin ihre Feder für das schneidende Schwerdt der Justiz, und ihr »actum ut supra« für den Siegeldruck der Untrüglichkeit ansehen, das geschäftsumtreibende Haupt vollends total zu verwirren? Hat doch schon manches Genie dieser Art, seine Kunst im Räderschmieren des Themiswagens, unter vier Augen, in Silber umzusetzen gewußt; auf welchem Trinkgelde wird es erst jetzt bestehen, wo es, schwarz auf weiß, demonstriren kann, daß es gar Postillon dieses sächsischen Postfuhrwerkes sey?

Unter anderen Namen habe ich diese Fabel wohl ein dutzend Mal selber mitspielen helfen: nur daß Barthel gewöhnlich bloß im Vorzimmer der dintenschweißelnden Gerichtsstube, und — am Wirthstische, den Parteien die Kritik und Controle seines Gestrengen zuflößt.

XXXVI.

Inwieweit kann der Monarch die persönliche Schriftsäßigkeit ertheilen, oder eine Gerichts-Commission anordnen? (§. 43.)

Unser Verfasser spricht hier die Meinung aus, als sey es einem heutigen deutschen Suverän unerlaubt, Jemanden bloß für einen einzelnen Fall, seinen Gerichtsstand bei einem »ungewöhnlichen« Tribunal anzuweisen: so daß also, namentlich, unsere Monarchen, (ohne stattliches Motiv) weder für einen einzelnen Fall einen Richter delegiren, noch, für einen einzelnen Rechtsstreit, Jemanden für schriftsäßig erklären dürften.

Ob diese Behauptung für die Vergangenheit richtig sey oder nicht: lassen wir dahin gestellt seyn. Soviel ist gewiß, daß sie für die Gegenwart, unstichhaltig ist: soweit nicht irgend eine Territorial-Constitutions-Urkunde sie fundirt. In majori continetur minus. Wer ein »gewöhnliches« Tribunal für alle Processfälle einer bestimmten Classe errichten kann, darf auch ein ungewöhnliches, für einzelne dieser Fälle, errichten; wer einem ganzen Bezirke voll Staatsbürgern, statt des Amtsortes Scheppenstedt, den Amtsort Plundersweiler,

für immer anzuweisen, Fug hat, der hat diesen auch in einem individuellen Fall, in Hinsicht eines einzelnen Staatsbürgers; wer das (sogenannte) Privat- und das Civil-Proceßrecht für alle Fälle und Personen zu ändern vermag, der vermag es auch für einzelne; wer Jemanden für alle Fälle schriftsäßig machen kann, der kann es noch viel gewisser für einzelne Fälle.

Woher rührt diese juristische Möglichkeit? — Antwort: von der Souveränetät, das heißt, von der Unumschränktheit, der meisten deutschen Regenten. Woher entsprang hier Martins Mißgriff? Antwort: daher, daß er die publicistischen Grundsätze, welche ehemals in unserem Bundesstaate gegolten haben mögen, vorschnell auf die souveränen Hauptglieder unseres Staatenbundes übertragen hat.

XXXVII.

Wie steht es um die Wohnung der Corporationen? (§. 45.)

Denkt man sich, was aber dem Rechtsbegriffe von domicilium durchaus nicht entspricht (68), unter der Wohnung einer Person, denjenigen Aufenthalt, wo sie auf

---

(68) Denn sonst könnte man nicht, was doch (nach Martin's eigner Angabe) unstreitig ist, an zweierlei Or-

andauernde Weise, ihren Kosttisch, ihre Bettstatt und ihren Arbeitsstuhl, aufgeschlagen hat; so ist unseres Verfassers Ansicht: daß Corporationen und Collegien keine Wohnung haben, unbestreitbar richtig: denn diese juristischen Personen sind Gedankendinge, und ermangeln, als solche, der Tische, wie der Bettstätten.

Diese Auffassungsweise der Sache, leidet aber an den beiden entgegengesetzten Fehlern, des übertriebenen Idealismus und des übertriebenen Materialismus, zugleich. Das Erstere nämlich: insofern als der Staat den Corporationen; welche denn doch durch Körper von Fleisch und Bein repräsentirt werden, auch, nicht selten, sehr handgreifliche Zwecke haben: ebensogut einen Niederlassungs- (Domicil-) Platz, wie ein (auf körperliche Dinge gehendes) Eigenthumsrecht, anweisen kann — ja anweisen muß (69); — das Letztere hingegen: insofern als das Essen, Hobeln und Schlafen zum Begriff eines

---

ten zugleich domicilirt oder etablirt seyn: indem Niemand sich selber zu verdoppeln, und an zweierlei Orten zugleich physisch anwesend zu seyn vermag.

(69) Denn eine (moralische oder physische) Person im Staate, die keine fixirte Niederlassung und also auch kein *forum universale* domicilii hätte, würde offenbar ebensowenig darin geduldet werden können, als ein Rad in einem Uhrwerke, welches bald hinüber, bald herüber spränge, oder als ein Pferd an einem Wagen, das bald vorn, bald hinten zu ziehen, Lust trüge. Dergleichen Personen nennt man Vagabunden; und sie sind nicht eben protegirt. Zur guten Verwaltung der Staaten, so wie die Apotheken, ist erforderlich, daß man wisse: was man an jeder Species habe, und, wo sie stets zu finden sey. Haben doch selbst die stehenden Heere ihre Garnisonen, und ihre Garnisons-Auditore!

Domiciliums, oder eines Etablissements (worunter man bloß einen fixirten Schauplatz dauernder Thätigkeit, im Staate, versteht) ebensowenig gehört, als es zum Begriff eines Kaufmannes wesentlich ist, daß er Geld einnehme oder ausgebe, ein eigenes Waarenmagazinhaus in seinem Wohngebäude, oder überhaupt in der Welt, habe.

Das forum domicilii der Corporationen ist da, wo der Staat ihnen ihre bleibende Niederlassungsstätte anweißt: in dem Augenblicke, wo er den Consens zu ihrer Stiftung, Existenz und Fortdauer, ertheilt. Das domicilium der, weit über 100 Köpfe zählenden, Schusterzunft von Heidelberg ist — in Heidelberg.

XXXVIII.

Was wirkt der Material-Connexus auf die Competenz? (§. 50.)

In der Regel habe ich bisher, um dem gehäßigen Anscheine des Polemisir-Kitzels auszuweichen, dem Martin'schen Compendio nicht nur Fehler nachzuweisen, sondern auch, diese Fehler zu verbessern gesucht. Hier aber muß ich, um der Langenweile des Lesers und meinem eigenen Eckel (70) zuvorzukommen, von diesem opus superero-

---

(70) Denn daß die, unter allem Volke, mit Recht, verschriene Maschiene des gemein-deutschen Civilprocesses,

gationis total abstrahiren, und mich lediglich in den Mantel der Materialkritik hüllen. — Zur Sache!

Das Compendium spricht in diesem §. 50. einen zweifachen Irrthum aus: nämlich

1) indem es behauptet, daß ein, an sich incompetentes, Gericht in Ansehung aller, mit denen, in seinen Wirkungskreis regelmäßig einschlagenden Sachen, materiell-connexer Rechtshändel, zuständig sey.

Ohne hier auf meine frühere, von den materill-connexen Criminalsachen und *causis jurisdictionis voluntariae* hergenommene, Instanz zurückgreifen zu müssen, kann ich die Unrichtigkeit dieses Satzes schon durch meinen alten civilprocessualischen Fall darthun: wo ich vom X. der im Norden des Landes wohnt, einen Siegelring einklagen muß, um im Processe gegen den, im Süden des Landes wohnenden, P. einen stattlichen Beweis führen zu können. Hier ist ein präparirender Civilproceß; aber Niemand wird ihn, schon als solchen, vor das Forum meines präparirten Rechtsstreites gegen P., gezogen sehen wollen!

2) indem es meint, der Gerichtsstand der Connexität werde dadurch (subintellige: »für die Nebensache«) begründet, daß man eines von denen, für die Hauptsache möglichen Gerichte auswähle.

Ohne hier mit Strenge meine alte (71) Bemerkung

---

ohnehin das Schooßkind meiner Arbeitslaune nie gewesen sey: will ich nicht bergen. Was ich nicht loben kann, vermag ich auch nicht, zu lieben.

(71) Siehe oben Seite 111.

urgiren zu wollen, daß Martin irre, wenn er sich unter Nebensachen durchgängig nur Kleinigkeiten, von bloß relativer Wichtigkeit, denkt; erlaube ich mir, folgendes Beispiel als Instanz zu gebrauchen: Ein betrügerischer, neugriechischer Juvelenhändler, der mich, in Wien, um 10,000 Thaler übervortheilt hat, stößt mir plötzlich in Würtemberg auf. Ich will ihn arretiren lassen. Nun sagt mir Martins Compendium: »die präparatorisch-connexe Nebensache des Arrestgesuches wird da einschlägig, wo du ein möglich»es Forum für die Hauptsache gefunden »und ausgewählt haben wirst.« Wo finde ich aber ein solches in Würtemberg? »Da wo du den Arrest suchst.« Woran erkennt aber der Arrest-Richter, daß ich ihn für die Hauptsache ausgesucht habe? »Daran daß du Arrest suchst.« Dies heißt doch den Menschen etwas ärgerlich im Cirkel umherführen; und fast gewinnt es den Anschein: als wär vielmehr die Hauptsache da einschlägig, wo man das Forum für die Nebensache auserwählt hat.

Allein da Herr Martin, aus diesem Labyrinthe, sich etwa noch durch die Behauptung herauswinden könnte: »hier ist eben ein solcher Fall, wo alle Fora, die für »den Arrest möglich sind, auch für die Hauptsache passen«; so ändern wir den Fall dahin: daß ich wirklich in Heilbronn erst einen Personal-Arrest, und dann die Hauptsache, gegen diesen Schurken, anhängig gemacht habe. Nun erfahre ich bei einer momentanen Anwesenheit in Tübingen, durch glücklichen Zufall, daß soeben der Koffer desselben durchpaßire. Muß ich den Real-Arrest gleichfalls

in Heilbronn (das heißt im erwählten Foro der Hauptſache), oder darf ich ihn in Tübingen imploriren? Die Antwort, und damit die Widerlegung Martin's, braucht nicht ausgeſprochen zu werden.

XXXIX.

Genießen die deutſchen Suveräne keines privilegirten Gerichtsſtandes? (§. 53.)

Allerdings iſt die Behauptung des Compendii richtig, daß die Territorial-Regenten des geweſenen deutſchen Reiches, ſich von ihren Unterthanen (und man kann hinzuſetzen: auch von Unterthanen anderer Staaten) mit actionibus in rem und in personam, vor ihren eigenen Landesgerichten belangen ließen: (womit übrigens noch keineswegs geſagt iſt, daß ſie keines befreiten Gerichtsſtandes genoßen: denn dieſe Landesgerichte konnten ja — wie es wohl auch meiſtens der Fall wirklich war — Ober-Tribunale, als erſte Inſtanz, ſeyn!) Wie hätten ſie es auch wohl anders halten können, ohne ihren Kredit faſt gänzlich zu zernichten: ein Beſitzthum, deſſen kein Krö-ſus (72) entbehren kann.

---

(72) Solon hatte ihn gelehrt: daß vor dem Tode Niemand vollkommen ſicher vor Noth und Unglück ſey; und ſiehe da, Solons Spruch iſt durch das Schwerdt eines

Damit ist aber noch keineswegs ausgemacht, daß diese Regenten in Civilsachen überall vor kein Austrägalgericht gezogen werden konnten, oder gezogen zu werden pflegten. Hat denn Martin ganz vergessen, daß es auch für Fürsten ein Familienprivatrecht gibt, und daß die Präjudicialklagen, so wie auch die Intestat- und Vertrag-Erbschaftsklagen ꝛc., gegen die gewesenen Territorial-Regenten Deutschlands, allerdings vor die Austrägalgerichte gezogen werden konnten, so wie auch wirklich gezogen wurden?

XL.

Wer steht unter der Competenz des Hofmarschallamtes? (§. 53.)

Das Compendium sagt: »alle wirklichen Staatsdiener »von einigem Range genießen eines privilegirten Gerichtsstandes: und namentlich diejenigen (darunter), »welche zum Hofstaate gehören, bei dem Hofmar»schallamte.«

äußeren Feindes bewährt worden: denn im Innern war Lydien industriös, reich und glücklich. Justinus nennt die Lydier eine „*gens industria quondam potens*“; und bemerkt, daß Cyrus sie nicht früher habe gänzlich unterjochen können, als bis er sie demoralisirt hatte („*jussique, cauponias, et ludicras artes et lenocinia exercere.*) Vergl. Say's Darstellung der Staatswirthschaft: bearb. von mir. 1818. Bd. 1. Kap. 11.

Diese wenigen Zeilen involviren einen vierfachen Irrthum:

Einmal nämlich ist es unwahr, daß nur die wirklichen Staatsdiener, von Rang, in diesem Verhältnisse stehen: denn desselben Vorrechtes genießen überall auch die bloßen Titular-Beamten, von solchem Range (73).

Zweitens ist es irrig, die gesammte Hofdienerschaft in die Kategorie der Staatsdienerschaft einzureihen. Da jedem monarchischen Staate freilich eine gewisser Glanz nöthig zu seyn scheint (74), so dürfen einige Hofdiener zugleich allerdings Staatsdiener vorstellen; allein den Hofbratenspicker, den Rüdenfütterer, die Hof-Waschbeschließerin, und den Leibbüchsenspanner, wird Martin unter die Reihe der Staatsdiener wohl nimmermehr zu ordnen gesonnen oder vermögend seyn (75)!

Drittens ist es ungegründet, daß die Hofdiener vom niedersten Range, des privilegirten Gerichts-

---

(73) Wie könnte dies auch anders seyn: da der wirkliche Oberjägermeister, sowie der wirkliche (i. e. active) Staatsrath, selber dabei interessirt ist, daß der Titular-Oberjägermeister oder der Titulatur-Staatsrath sich nicht, zur Schmach des Standes und Titels, unter den Handwerkspurschen und Lampenputzern, im Vorzimmer eines Untergerichtes umhertrücke. Daher die Vorschrift des Pabstes im Kap. 12. X. de foro compet. (II. 2.): welche freilich das Unglück hat, in Herrn Thibaut's Augen absurd zu seyn! (S. den §. 74. von dessen Pandektensystem.)

(74) Vergl. die Charakterzeichnung der Politik aller Staaten ꝛc. bearbeit. von mir. 1820. Bd. I. S. 59, ff.

(75) Siehe hierüber Friedr. v. Moser's deutsches Hofrecht. Frankf. u. Leipz. 1754. 2 Bde. 4.

standes beim Hofmarschallamte, nicht genießen: indem vielmehr gerade sie desselben am bedürftigsten (76) sind, und auch ohne Unterschied sich seiner erfreuen.

Viertens endlich besteht die Behauptung: daß alle Hofbeamten von einigem Range, das heißt also, sämmtliche mittleren und höchsten Hofbeamten, ihren Gerichtsstand beim Marschallamte haben, keineswegs mit der Wahrheit: indem die hohen und höchsten Hofbeamten (z. B. die Kammerherrn, der Oberstallmeister, der Oberhofmeister ꝛc.) niemals unter diesem Forum stehen (77): welches vielmehr, gerade umgekehrt, nur für die Hofbeamten von subalternerem und vom subalternsten Range besteht (78).

---

(76) Erstens ihrer kleinlichen Hetzereien und Injurien wegen, die nur der sachkundigste Richter gehörig manipuliren, beschwichtigen, oder dijudiciren kann; zweitens, weil ihre Händel sich nicht selten um Dinge herumdrehen, die nicht für die Protocolle der profanen Civilgerichte gehören: welche jenem plauderhaften Schilfrohr Ovids gleichen; und drittens, weil der Fürst seinen Leibkammerdiener öfter und näher zur Hand haben muß, als seinen Kammerherrn und — selbst seinen Staatsminister.

(77) Sie haben ihren Gerichtsstand gewöhnlich bei einem Obertribunale des Landes. S. Schreidemantels Repertorium des d. Staats- u. Lehnrechts. Bd. II. S. 474.

(78) Dies ist auch nicht wohl anders denkbar: denn sonst müßten ja, z B., der Obristkammerherr und der Großhofmeister, deren Rang höher ist als der des Hofmarschalls, vor letzterem zu Gerichte stehen: und für den Gerichtsstand des Hofmarschalls selber, der denn doch auch muß belangt werden können, müßte erst auf eine individuell-singuläre Weise gesorgt werden. Vergl. C. F. v. Moser: loco cit.

XLI.

Etwas über das forum continentiae causarum ex identitate. (§. 56.)

Ohne Zweifel ist es, im Grunde, nur ein Formalfehler, aber es führt zu materiellem Irrthum, und sieht auch einem solchen gleich, wenn Martin sagt: daß das sogenannte Forum der Identität voraussetze: »daß die, »zu belangenden Personen in demselben Reiche zer»streut seyen.« Dieser Ausdruck »seyen«, würde freilich schikanös interpretirt werden, wenn wir ihn durch »do»micilirt seyen« paraphrasiren wollten; allein soviel liegt doch auf jeden Fall darin, daß diese, zu verklagenden Interessenten, (wenn auch noch so vorübergehend) in demselben Reiche persönlich gegenwärtig seyen: und dies ist durchaus unwahr: indem dieselben den Boden dieses Reiches niemals betreten zu haben brauchen, und schon Das hinreicht, daß sie, wenngleich als ewig Abwesende, wegen ihrer Besitzthümer, verschiedene untergeordnete Gerichtshöfe dieses selbigen Reiches, als ihre fora *rei sitae*, zu respectiren haben.

Der Verfasser hätte daher, statt jener Worte: »zer»streut seyen«, wohl sagen sollen: »wenn gleich in

dessen auseinandergelegenste Provinzen, verschiedenerlei Untergerichten (79) subordinirt seyen« (80).

XLII.

Ueber die Außerordentlichkeit des Gerichtsstandes, welche aus der Parteilichkeit des Richters entspringt. (S. 57.)

Auch hier hat sich Martin, durch eine Uebereilung, welche darum freilich beinah' idiosynkratisch erscheint, weil er sie, selbst in der sechsten Ausgabe seines Buches, noch nicht wahrgenommen hat, in wenigen Zeilen, eines vierfachen Versehens schuldig gemacht. Erstens nämlich zeigen sich zwei Begehungs-Fehler:

a) indem er sagt: die gefürchtete Parteilichkeit des ordentlichen Richters veranlasse einen außerordentlichen Gerichtsstand. Fragt man ihn hier weiter: wer ist denn der »ordentliche« Richter? so sagt sein (freilich mehr als räthselhaft abgefaßter) Schluß

(79) Auch die Mittelgerichte sind Untergerichte. Der Begriff von Obergericht ist relativ!

(80) Im Uebrigen verweise ich auf H. v. Grolman's Theorie des Civ. G. Verf. §. 46. (der Ausg. IV.) und auf die von Martin angeführte Schrift J. P. Carrach's.

des §. 44: „dasjenige Untergericht (81) welches (wenngleich vielleicht kraft eines privilegii) das regelmäßige forum primae instantiae des Beklagten, in Klagsachen der concreten Kategorie, bildet". Das Ober-Appellationsgericht des Staates kann also niemals, im angegebenen Sinne dieses Prädicates, ein ordentliches Gericht (scilicet erster Instanz) seyn. Wenn uns Martin also sagt: daß nur des ordentlichen Richters Parteilichkeit, zu einem „außerordentlichen" Gerichtsstande führe; so stürzen wir in eine zweifache, unauswindbare Verlegenheit: einmal indem wir uns alsdann, mit gerechtem Staunen, fragen müssen: wie? sollte das Obergericht gar keiner Perhorrescenz ausgesetzt seyn? und zweitens: indem wir: — vorausgesetzt, daß diese Frage mit einem „Allerdings ist es ihr ausgesetzt" beantwortet würde: — durchaus nicht wissen: wo wir das Obergericht dieses Ober-Appellationsgerichtes, das heißt, das außerordentliche *Forum* primae instantiae, im weiten Land umher, zu suchen und zu finden haben. — Wo liegt aber die Wurzel dieser Verlegenheit? Antwort: darin, daß Martin das Prädicat „außerordentlich" in zweierlei ganz verschiedener Bedeutung hinstellt: (so daß der nämliche Richter zugleich (82) ein außerordentlicher und doch auch ein ordentlicher seyn kann:) und es nicht mit Klarheit hervorhebt,

---

(81) Ich erinnere auch hier daran, daß selbst ein Mittelgericht relativ ein Untergericht ist.

(82) Namentlich ein Obertribunal, welches als forum identitatis in erster Instanz agirt, aber unperhorrescirt bleibt.

daß, nach Umständen, diejenige Ordentlichkeit, welche das Resultat von einem Perhorrescenz-Unterbleiben ist, jedem Gerichte zugeschrieben werden kann: dem außerordentlichen (und zwar mit Einrechnung des Ober-Appellationsgerichtes) des §. 56. sowohl, als den sogenannten ordentlichen ebendieses §.

2) indem er, (wenngleich nur durch einen verunglückten Ausdruck) zu verstehen gibt, als ob der Richter nur aus solchen Gründen perhorrescirbar sey, wodurch ein Zeuge suspect wird, und nicht auch durch solche, wodurch dieser inhabil erscheint. Die Worte des §. hätten hier ohngefähr so lauten müssen: „schon aus solchen Gründen, wodurch ein Zeuge gerade nur verdächtig (geschweige denn unfähig), wird."

Zweitens aber fallen uns hier auch zwei Unterlassungsfehler auf:

1) indem Martin zu bemerken vergessen hat, daß das nämliche Resultat (der Devolution an das unmittelbare Obertribunal) alsdann erfolge, wenn der (sogenannte) ordentliche Richter sich pflichtgemäß selber perhorrescirt: z. B. weil er mit dem Beklagten in einer Commandite steht.

2) und indem er sagt: jede, aus eigenem Interesse processirende Person sey zur Ablehnung des „ordentlichen" Richters befugt: als ob nicht das Nämliche von jedem Tutor — ja, ich darf sagen, von jedem Procurator, gälte: (denn daß der Procurator auch zu diesem Schritte natürlich erst bevollmächtigt seyn müsse, versteht sich von selbst. Wenn wir hier den Procurator ausschließen, so müssen wir es auch beim Excipiren,

Appelliren, Intervenirenꝛc. thun: denn dies Alles kann er nicht, wenn er unbevollmächtigt iſt. Wer wird aber, nach heutigem (83) Proceſſe, ſprechen: „excipiren darf „nur Der, welcher eigenes Intereſſe am Rechtsſtreite „hat“?)

XLIII.

Ueber den Perhorrescenz-Eid. (§. 57.)

Zwar iſt es mir nicht unbekannt, daß Martin, wenn er, der allgemeinen Praxis, der Theorie von Juſt Henning Böhmer (84), und den Glaſſatoren des Juſtinianeiſchen Rechtes entgegen, behauptet: daß die, den Richter perhorrescirende Partei einen ſpeciellen Grund ihres Mißtrauens, gegen deſſen Unparteilichkeit, anführen müſſe: daß, ſage ich, Martin, für dieſe Behauptung, die Auctorität des großen Proceßkenners, v. Grolman (85), auf ſeiner Seite habe; — allein dennoch kann ich nicht umhin, mich gegen dieſen Satz zu erklären.

Meines Bedünkens läßt ſich nämlich die Theorie der Praxis, ſelbſt abgeſehen von den Gründen Böhmers, nicht nur direct deduciren, ſondern auch durch indirecte Argumentation erhärten. Einmal nämlich darf man ſa-

(83) Zur Zeit der Uebertragung des dominii litis, im alten Rom, ſtand es freilich anders.

(84) S. deſſen Jus eccles. protestantium. Buch II, Tit. 1. §. 74. ff.

(85) S. Pagina 30, Not. 2, von deſſen Theorie des civilgerichtl. Verfahrens, IVter Ausg.

gen: der Grund, weßhalb die Gesetze, statt aller Bescheinigung von Mißtrauens-Ursachen, den Recusations-Eid erlauben, kann kein anderer seyn, als weil sie es hier für genügend erachten, daß das Mißtrauen subjectiv vorhanden ist: möge es nun, objectiv, durch wahre oder wahrscheinliche Thatverhältnisse, gerechtfertigt seyn, oder nicht. Aus dieser ratio legis folgt aber nun: daß ihnen die specielle Angabe von einem solchen rechtfertigenden Thatverhältnisse, aus des Perhorrescenten Mund, gänzlich unerheblich seyn müsse: da sie weder den Richter befugen: auf deren objective Bescheinigung zu dringen; noch die Gegenpartei: deren reprobatio zu führen: mithin von aller Controle der Wahrhaftigkeit und Gewissenhaftigkeit des Perhorrescenz-Eides, gänzlich abstrahiren.

Ferner kann man so raisonniren: Da die Legislation (wohlweislich) nicht angibt, welche (nach der Gegner Meinung, speciell anzugebenden) Gründe — vorausgesetzt daß sie wahr seyen — zur Rechtfertigung des fraglichen Mißtrauens hinreichen sollen; und ebensowenig den Richter, welcher über die Recusation zu verfügen hat, zu einer arbiträren Abwägung der Justificationskraft dieser Gründe beauftragt oder ermächtigt; so wäre offenbar, ohne daß eben dieser Richter sich dagegen erwehren könnte oder dürfte, (nach der Gegner Theorie), das gedoppelte Absurdum möglich: daß 1) der Perhorrescent entweder einen einzigen, aber den allerabgeschmacktesten Grund (z. B. Kartenschlag und Kaffee-Satz-Orakel); 2) oder, statt eines einzelnen und schlagenden Hauptgrundes, vielmehr ein Spinnengewebe von adminiculirenden Singularitäten angäbe,

welche nichts Geringeres als die Chronica scandalosa von einem Dutzend Familien, in 2 bis 3 Generationen, umfassen und ein dreitägiges Protokoll eines tachygraphirenden Aktuars ausfüllen würde: — glücklich genug, wenn nicht beide Ridicula gar zusammenkämen.

Drittens endlich ist uns wohl auch folgende Argumentation vergönnt: wenn anders der Gesetzgebung eine Neben-Ratio unterschoben werden darf, deren dringende und überzeugende Natur jedem Gerichtsdiener einleuchtet, und die, wenn auch keine andere vorhanden gewesen wäre, unserer bisherigen, halbtausendjährigen — sogut wie einstimmigen — Praxis, schon allein, als eine entscheidende, vor Augen geschwebt zu haben scheint.

Kein Mensch ist ohne Makel und Sünde: — auch der Richter nicht. Des Staates Vortheil erheischt es keineswegs, daß diese Sünden alle an den Tag, oder gar, unter Eidessiegel, in die Gerichtsprotokolle zu stehen kommen: schon darum, weil sie theils gebüßt sind, theils die Todten und die Großen, noch vor der Nachwelt, verunglimpfen würden, theils nur dem Sünder schaden und bloß vor der ewigen Gerechtigkeit Tribunal gehören, theils — sobald ihr Schleier fällt — Fluch und Unheil, weit umher, — gleich Pandorens Büchse, — verbreiten. Niemand möchte wohl noch dem Staat, als Richter, dienen, wenn er stündlich der durchbohrenden Schmach einer öffentlich-eidlichen Aufdeckung aller seiner geheimsten Makel exponirt wäre. Es klagt z. B. eine vormalige Dienstmagd gegen einen geachteten Graukopf, vor einem Unter-Tribunal, auf ein versprochenes Geschenk. Kaum hat sie den Richter in diesem Tribunale, von Angesicht zu Angesicht, gesehen, so erschrickt sie, kehrt kopfschüttelnd

um, und spricht dann von einer Perhorrescenz. Will man sie zwingen: ihren Grund anzugeben? Soll sie noch diesseits des Grabes ihr altes Geheimniß aufschließen, um die Ehre dreier Familien zu zerschmettern? Soll sie es sagen; daß jener Graukopf der Ehebruchs-Vater dieses Richters sey? — Der Schlußziehung aus diesen Prämissen kann ich mich überheben.

XLIV.

Ueber die Parteirollen in den judiciis dupli-cibus. (§. 59.)

Wir stehen hier schon an einem zweiten Orte, wo unser Verfasser, keineswegs ohne seine Schuld, auf eine unrichtige Ansicht von den sogenannten judiciis duplicibus führt.

Das erste Mal that er es bereits oben, im §. 36; indem er sagte: „Prävention ꝛc. entscheidet die zweifelhaften Fälle (86), wo jeder von beiden Theilen denselben Gegenstand ebenso richtig klagend, als in der Eigenschaft eines Verklagten, verfolgen kann«. — Aus diesen Zeilen gienge, wenn wir unvorsichtig genug wären, fest an sie zu glauben, die sonderbare Lehre hervor; daß man einen Gegenstand auch in der Eigenschaft, oder besser gesagt, in der Parteirolle, eines Beklagten verfolgen könne; oder mit anderen Worten; daß die Legislation die Thorheit begangen habe: in gewissen

(86) man lese: in den zweifelhaften Fällen.

Ausnahmsfällen dem Beklagten zuzumuthen, seinen vertheidigenden Schild auch als angreifendes Schwerdt zu gebrauchen: statt ihm vielmehr bloß den Rath und die Weisung zu geben, daß er das gute Angriffsschwerdt, welches an seiner Seite hängt, neben dem Defensionsschilde benutzen solle.

Dies ist nun aber, nach den dürren Worten unserer Gesetze, nicht minder unrichtig, als nach den Dictaten der gesunden Vernunft. Aufs Deutlichste und Ausdrücklichste sagen der §. 7. Inst. de interdictis (4. 15.) sowohl als das Kapitel 3, X de probat. (2. 19.) (87) daß bei den judiciis duplicibus, jede Partei, nicht nur die Rolle des Klägers, oder des Beklagten, sondern zugleich auch (nebenher), respective des Beklagten oder des Klägers, spiele. Wer mit der einen Hand den Schild, und mit der anderen das Schwerdt, schwingt, kann freilich Manches erzielen, wozu ihm der bloße Schild nimmermehr verholfen haben würde. Eben darum wird aber Niemand sagen: daß er seinen Zweck lediglich mit dem Schilde, als Vertheidiger, errungen habe. Die Rolle des Beklagten kann nie eine verfolgende (88)

---

(87) Man vergl. hauptsächlich *Hugo Donell's* Commentar über den Institutionentitel de actionibus (§. 20.) und über die judicia divisoria: Beides im Bde. IV. seiner zu Lucca, 1764, erschienenen sämmtlichen Werke; und das klassische Werk des H. v. Savigny: über den Besitz. Ausg. III, Gießen, 1818. S. 424.

(88) Das heißt dem letzten Zwecke nach: denn freilich ist das Repliciren des Klägers auch ein Angreifen: aber nur von untergeordnetem Zwecke. Bloß die Defension gegen den Haupt-Angriff soll dadurch (mehr oder minder) entkräftet werden.

seyn; sowie die des Klägers keine vertheidigende. Will man beiderlei Rollen vereinigen; so muß man Kläger und Beklagter zugleich seyn: und gerade Dies erlauben, nach Umständen, unsere Gesetze (89).

Zum andern Male leitet uns Martin hier irre: indem er, durch das Wort beide (seilicet Parteien in judiciis duplicibus) zu verstehen gibt, als wären hier immer nur zwei streitende Theile vorhanden; während ihrer doch (z. B. bei Almendtheilungen, Erbschafts-Repartitionen, Grenzstreitigkeiten ꝛc.) drei, ja ein Dutzend, und noch weit Mehrere, seyn können. Wahrscheinlich hat das Prädicat duplicia unseren Verfasser zu dieser Uebereilung verleitet.

XLV.

Inwiefern kann der Richter die an ihm verübten Injurien selber ahnden? (S. 60.)

Aus eigener Erfahrung (90) weiß ich es, daß die eitle Nothwendigkeit unsere Praxis deßhalb rechtfertige, daß sie die singuläre Vorschrift des Kap. I. in VI. de

---

(89) Ich kann nicht bergen, daß es mir immer zur Gemüths-Erhebung gereiche, wenn ich, als Gegner unserer alten Legislation, deren Panegyrik wider ihre eigenen — Bewunderer übernehmen kann.

(90) Kraft meiner Richterpflichten wollte ich nämlich einst, trotz der handgreiflichen Hoffnungslosigkeit des Unter-

poenis (5. 9.) auf alle deutschen Civilgerichtshöfe extendirt hat. Allein je exorbitanter und vernunftbeleidigender die Erlaubniß ist, daß eben der Richter, dessen ganzes Amt gerade darin besteht, daß er der unparteiische Ersatzgeber für die Selbsthülfe des Naturstandes seyn soll, die, an ihm selber, in Hinsicht seiner Amtsführung, verübten Injurien ahnden dürfe; desto behutsamer und gewissenhafter muß man hier eng am Buchstaben des Gesetzes halten. Keineswegs darf man daher, leichtsinnig, mit dem Compendio, sagen: „daß „das Gericht, an denen, an einer Proceß-Verhandlung „Theil nehmenden Personen, die ihm erwiesenen Ach„tungsverletzungen selber zu ahnden, berechtigt sey; (denn ein gallsüchtiger Mensch, welcher z. B. fähig wäre, einem Studiosus, welcher auf der Straße, mit bedecktem Kopfe, vor seinem Universitäts-Amtmanne steht, mit Geschrei und Ungestüm, den Hut vom Kopfe zu reißen, würde dadurch, wenn er selbst dieser Amtmann wäre, sich sicher berechtigt achten, diesen Studiosus zu incarceriren; oder ein rechtsprechender Prorector, vor des-

---

nehmens, den Streithandel zwischen einem rothhaarigen J...., und seiner Ehehälfte, vor Aufnahme des Protokolls, durch Vergleich, beilegen. Sollten meine Zureden Gehör finden; so mußte das Ehepaar selber erst zum Schweigen gebracht werden. Der Geifer, der Haß und der Eifer des Concertirens, war aber unter Beiden so unbemmbar und unbeschweigbar; daß der Ehemann den ernstlichen Befehl des Einhaltens sogar mit einem: „Na, Gottes Wunder: „steht mer vor Gericht, so werd mer doch ach e Wort redde „dörfe;“ schreiend beantwortete. — Wer könnte noch, in Deutschland, Unter-Richter seyn, wenn es für solche Fälle keinen Farrenschweif, und keinen Carcer, im Stegreife gäbe?

sen Tribunal ein Unterpedell, von einer Dirne, auf alimentatio paterna ihres Ehebruchkindes belangt würde, und nach dessen benevolentia dieser Verklagte etwa mit der Anspielung angeln wollte: „daß gewisse andere Unter„pedellen, auch gewisser anderer Herren, schwangere Kebs„dirnen über die Grenze escortirt hätten“: ein solcher Prorector dürfte, nach jener Theorie, wohl gar zu einem augenblicklichen Durchprügeln dieses Unverschämten schreiten); sondern man muß, fein sorgsam, etwa so sprechen: dem Richter ist erlaubt, jede, ihm oder seinen Untergebenen (91), bei Gelegenheit ihrer respectiven Amts-Funktionen, durch untergebene Individuen angethane *injuria manifesta* (92) *et notoria* selber zu bestrafen.

---

(91) Insofern ist Martins Angabe, welche bloß vom "Gerichte“ selber spricht, zu eng.

(92) Die Praxis hat freilich oft schwere Mühe mit der Frage: was ist eine injuria manifesta. Man nehme folgenden Fall, der mir unlängst zu Ohren kam: Ein Richter, der, um sich die Mühe des Protokollirens und Urtheilsprechens zu ersparen, die Parteien gewöhnlich zum Vergleiche zu nothzüchtigen pflegte, machte einem Ehemanne, der nun schon zum dritten Mal, auf Ehescheidung, ex capite adulterii, antrug, Vorwürfe, daß er seinem Richter soviel unnöthige Unmuße bereite: mit dem ironischen Zusatze: „Er wird sich „doch nicht allei über seine Hörner auflassen wollen: Pfui, „sey Er ein gescheuter Mann: andere Leute tragen auch ihr „Hirschgeweih; aber sie schweigen dazu.“ Ihm entgegnete „der Kläger: „Was Richter? was gescheut“? Hab' ich doch „jetzt schon lang genug geschwiegen! Wollen der Herr Amt„mann mich noch einmal zum Vergleich zwingen? Nein: ich „will's Ihnen nur sagen: gewisse andre Leute mögen meinet„halb mit ihren Hörnern Staat machen; aber ich suche „mir andre Richter“. (geht ab, mit langen Schritten.)

XLVI.

Worin beſteht die Proceß-Direction des Civilrichters? (§. 61.)

Es iſt unſerem Verfaſſer hier: — freilich an einem bedeutenden Ort: — etwas Menſchliches begegnet, wenn er, unter Berufung auf die Autorität des H. v. Grolman, zu behaupten wagt: daß die Proceß-Direction des Civilrichters, in der Regel, auf eine negative Thätigkeit beſchränkt ſey.

Wer ſich der zahlloſen Decrete erinnert, wodurch ebendieſer Richter poſitive Anordnungen und Beſtimmungen zu machen hat, (z. B. Edictaltermine zu ſetzen, Individuen zu citiren, zum Excipiren, Dupliciren, Impugniren aufzufordern, Akten zu verſenden ꝛc.), muß auf der Stelle behaupten: einen ſolchen falſchen Satz kann H. v. Grolman, ſchlechterdings nicht ausgeſprochen haben. — So zeigt es ſich denn auch, aufs Allerklarſte, in der That. Dieſer erleuchtete Proceß-Kritiker ſagt nämlich (93): „der Richter kann 1) unbedingt nur ne-

(93) an dem v. Martin angeführten Orte: S. 189 der Ausg. von 1819.

„gativ thätig seyn: das heißt nur dafür sorgen, daß „nicht durch eine fehlerhafte Verhandlung dem Zwecke „des gerichtlichen Verfahrens entgegengehandelt werde. 2) Bedingt dagegen ist (durch die Aufforderung des „streitigen und interessirten Theiles) seine positive „Thätigkeit: das heißt, die Sorge für Be„förderung und Beschleunigung des legalen „Ganges der Verhandlung".

Es ist also nichts mehr und nichts weniger als ein grobes Mißverständniß, wenn Martin das Grolman'sche Wort „unbedingt" mit „in der Regel" übersetzt, und sogar geglaubt hat: daß dieser von ihm so hingepflanzte Satz, consequent, aus der Verhandlungs-Maxime (94) des gemeindeutschen Civilprocesses fließe.

Behaupten wollen, daß die Thätigkeit des Civilrichters in der Regel nur eine negative (oder prohibitive) sey, heißt soviel als behaupten: ein Theater-Regisseur, dessen untergebene Schauspieler selbstdenkende Menschen, und keine Marionetten, sind, hat, der Regel nach, bloß zu verhindern, daß das Schauspiel nicht um Mitternacht beginne, Hamlets Monolog nicht mit der Melodie: von „freut euch des Lebens", accompagnirt werde, die Jungfrau von Orleans nicht im Marketender-Mantel auftrete ꝛc.

---

(94) Siehe hierüber oben Nr. XIX.

XLVII.

Was heißt: der Richter darf, durch den Menschen, den Rechtsgelehrten und Richter nicht in sich verdrängen lassen? (§. 61.)

Nichts ist ferner von mir, als die Absicht, Martins Behauptung: „daß der Richter, durch den Menschen, „den Rechtsgelehrten und Richter, in sich, nicht verdrän„gen lassen dürfe“: zu bestreiten. Warum? Weil dem Richter natürlich nicht erlaubt seyn kann, zweierlei Eigenschaften: — gleichviel ob nun die Richterqualität durch die Menschlichkeit, oder die Menschlichkeit durch die Richterqualität: — gegenseitig durcheinander verdrängen zu lassen, die er beide vielmehr stets in sich vereinigen muß: um Richter seyn zu können. Ich meines Ortes, möchte mich sowenig von einem Amtmanne richten lassen, der, um seiner Richterschaft willen, der Menschlichkeit abgeschworen hätte, als von einem solchen, der, seiner Menschlichkeit zu Ehren, von seiner Amtmannschaft nichts wissen wollte. Geradeso denkt auch unsere Legislation: denn sonst hätte sie dem Richter ebensowenig zugemuthet, daß er Augenscheine einnehme, die Beweiskraft von Indicien abwäge, die Grade der Culpa der Parteien

abmesse, Vergleiche zu stiften suche, ex aequo et bono entscheide ꝛc. (95); wie sie ihm erlaubt: das classische Zeugniß zweier Männer zu verschmähen, weil sie keine Herrenhuter sind, oder die Apostel vorzuenthalten, weil der Appellant sich an seinem (des Richters) Schriftstellerruhme versündigt hat, oder ein Ehescheidungs-Urtheil über die Matrimonialcopula eines Schneiders auszusprechen: bloß weil er sich dessen Frau lieber selber, zur Concubine, als dem Kleidermacher, zur Gattin, gönnt.

Ohne daß daher Martins rubricirter Satz gerade falsch zu nennen wäre; sagt er doch bei Weitem zu wenig; und äußerst irreführend wird er, noch obendrein, dadurch, daß er sich durch die Deductionscopula „daher", an den voranstehenden Satz: „daß nur die wahrhafte Rechts„theorie und aktenmäßige Thatsachen, den Richter leiten „sollen"; als dessen Folgerung anreiht. Sollte man nicht in der That hierdurch versucht werden, den Richter für eine, nach den verschiedenen Melodien der Legislation,

---

(95) Diesen Pflichten wird er, ohne sehr genaue Kenntniß des momentanen, stündlich wechselnden Menschenverkehrs, und ohne stete Griffe in seinen eigenen Busen a), durch bloßes Nachschlagen seiner corpora juris, sowenig nachkommen können: als die Neufranken ihre Siege über das verbündete Europa, oder die verbündeten Mächte Europens ihre Siege über Bounaparte, nach bloßer Weisung von vorräthigen Kriegsplanen, gleichsam mechanisch, zu erringen vermochten. Siehe meines unschätzbaren Landsmannes E. L. Posselt: Europ. Annalen. Jahrgang 1795.

---

a) „Willst Du die Andern verstehn; blick' in dein eigenes Herz" lehrt der größte Philosoph unter Deutschlands Dichtern.

künstlich organisirte Drehorgel anzusehen, welche, mechanisch, Eins oder das Andere aufspielt, je nachdem man diesen oder jenen Faden anzieht, da oder da die Kurbel ansetzt?

Stehe ich denn in Gefahr, durch eine menschliche Thätigkeit, eine solche, die lediglich juristischer Natur ist, zu stören, wenn ich z. B. einen Augenschein einnehme, oder die Erzählung von Ehehändeln, zweien, zu Zeugen aufgerufenen Mägden abfrage, um die Resultate von Beidem, sodann unmittelbar zu den Akten aufzeichnen lassen zu können? Mir dünkt: es stehe hier vielmehr, im Gegentheil, zu besorgen, daß ich etwa durch die juristischen Professions-Manschetten, für diese rein menschlichen Acte, den simpeln Tast-Instinct meines treuen Fingernerven alteriren möchte.

Muß ich, als Richter, wenn es gilt, einer verlassenen Braut, die im Brautstande fast ergraut ist, eine angemessene Entschädigung, zufolge der bestehenden Rechtsnorm, zuzuerkennen: muß ich, lautet meine Frage, hier davor gewarnt werden, meinen juristischen Patentverstand nicht durch die Regungen der Humanität aufthauen zu lassen, um jene Rechtsnorm auf den concreten Fall aus dem Leben, anzuwenden; oder wäre ich nicht vielmehr, um meiner eigenen Richterpflicht willen, zu beschwören, den juristischen Schulstaub von meinem menschlichen Auge sorgsam hinwegzuwischen, um nicht, plump und blind, diese zarte Masse, auf der dröhnenden Drahtmühle der Themis, mit der größten Zange — durch das kleinste Loch zwängen zu wollen: um sie so zu zermalmen, statt sie zu formen? In meinen Augen ist, besonders wo

allein der Mann zu Gericht sitzt, das Letztere weit nöthiger, als das Erstere.

Ungleich besser hätte daher Martin wohl gethan, wenn er, statt hier, in seiner Note g, auf Mösers Phantasien zu verweisen, schon oben, in seiner Einleitung, auf den Unterschied zwischen dem „materiellen" und „formellen" Recht, genauer aufmerksam gemacht hätte. — Auf jeden Fall dürften aber seine Worte hier: das heißt, nach solchem Vordersatze (96), höchstens so heißen: „*id est* er muß den Obersatz seines Schlusses oder seiner Schlußkette, stets aus der positiven Legislation entlehnen, und seine Ueberzeugung, sowenig als seinen Rechtsspruch, nach solchen Special-Notizen modeln, worauf er im Pfade seines individuellen Privatlebens gestoßen ist.

XLVIII.

Ueber Martins Ansichten von Nebenpersonen auf Seiten des Gerichtes. (§. 69.)

Wie einfach sich auch die Darstellung der, dem vorliegenden §. zum Objecte dienenden, Personal-Verhältnisse, meines Erachtens, hätte liefern lassen; so hat doch der Verfasser, durch die seinige, eine Reihe von Mißverständnissen oder Irrthümern veranlaßt.

(96) (Dies Wort nicht in logischer Kunstsprache genommen!)

1) Fürs Erste nämlich charakterisirt er die Amtsfunktionen der sogenannten Gerichtsboten, Gerichtsdiener oder Pedellen ꝛc., dahin: daß sie des Richters Befehle vollstrecken, und besonders die Anwendung der Zwangsmittel vornehmen. Jeder Schreibereiconcipient sieht ein, daß diese Charakteristik bei Weitem zu allgemein und zu inadäquat sey: denn a) auch jeder Gerichts-Copiste vollstreckt des Richters Befehle, und ebenso auch ein Advocat, welcher sich ad praxin legitimirt: ohne darum Gerichtsdiener zu seyn; b) ferner ist die Anlegung der Zwangsmittel keineswegs durchgängig Sache der Gerichtsdiener: indem namentlich z. B. eine der allerhäufigsten und wichtigsten Executions-Proceduren, das Obsigniren, Inventiren, und Versteigern, vielmehr in den Geschäftskreis der Beamten für die jurisdictio voluntaria fällt; c) dagegen sind die beiden weiteren Haupt-Verrichtungen dieser Leute, nämlich die Erhaltung der äußeren Ordnung, sowohl im Locale des Gerichtsgebäudes, als auch unter denen, zu persönlicher Audienz, hintereinander, anzumeldenden und vorzulassenden Parteien, und die Botengänge, jeder Art, vergessen (70).

2) Zweitens gibt er an, daß die Schöpfen (oder Schöppen) nur zur Würde des Gerichtes da seyen. Dies will und kann mir, auf keine Weise, einleuchten. Selbst dann nämlich, wenn es, gegen mein Vermuthen, in Deutschland Civil-Tribunale geben sollte, wo die Scabini,

---

(70) Man vergl. v. Grolmans Theorie des civilgerichtlichen Verf. Ausg. IV. S. 22.

ihrer ehemaligen Bestimmung gänzlich zuwider, bloße Urkundspersonen vorstellen: wie dies in manchen Criminalgerichtshöfen der Fall ist: selbst dann, sage ich, könnte man nicht behaupten, daß sie nur zur Erhöhung der Würde des Gerichtes, bestellt seyen.

Zu der äußerlichen Würde einer Person (denn von der innerlichen kann hier keine Sprache seyn!) vermag nur Das etwa beizutragen, worüber sie verfügen kann — was ein Symbol, ein Document, oder ein Werkzeug, ihrer Macht bildet (98). Nun sind aber dergleichen Urkundspersonen dazu bestellt, um die Wahrheit und Vollständigkeit der Gerichtsprotokolle zu verbürgen: welchen man, ohne ihre Unterschrift oder Garantie, in wichtigen Sachen, nicht genug fides schenken würde. Sie dienen also nicht sowohl zur Unterstützung und Verherrlichung des Richters; als vielmehr zu einer Bewachung und Controle desselben. Heißt nun aber Das für die Herstellung der Würde einer Person sorgen, wenn ich ihr eine lauernde Schildwache ihrer Handlungen bestelle, oder einen Bürgen ihrer Glaubwürdigkeit abfordere? Stand der Schwörende im Mittelalter, wo seinem Eide, ohne eine Schaar von Eideshelfern, nicht geglaubt ward, würdiger da, als jetzt: wo man seinem unverbürgten, einzelnen Schwur traut? (99) — Allein entweder überall,

---

(98) Auf dieser Ansicht beruhen, zum Theil, die großen Ehrenwachen — aus einer Compagnie von Soldaten bestehend, — welche einem Könige, sogleich nach seiner Einkehr in einer fremden Residenz, zugetheilt werden; ebenso das Vorantragen der Fasces, im alten Rom; und die Pyramiden von Menschenschädeln, womit afrikanische Despoten ihren Thron verpallisadiren.

(99) Schöppen dieser Art sind offenbar nichts Ande-

oder doch, bei Weitem, an den meisten Orten, sind diese Civilgerichtsschöppen, da wo sie bestehen, nicht bloße Urkundspersonen (100), sondern stimmführende Beisitzer des Gerichtes (1). Alsdann bildet aber jeder Scabinus einen förmlichen Bestandtheil der moralischen Person, welche Gericht heißt; und keineswegs einen außerwesentlichen Appendix, welchen man eine Nebenperson nennen, vom Gericht unterscheiden, und für ein bloßes Decorations-Instrument des Gerichtes, ausgeben dürfte. Wer wird das Auge vom menschlichen Körper unterscheiden; und davon prädiciren: daß es zu Herstellung oder Erhöhung von dessen Würde, erschaffen sey? —

3) Drittens gibt das Compendium eine durchaus perplexe Ansicht von dem juristischen Charakter der sogenannten Auscultanten: wenn es sagt: dieselben seyen bloß zu eigener Belehrung da, und stellen doch, in ihrem Geschäftskreise, öffentliche Personen vor. Entweder sind nämlich diese Leute bloß zu ihrer Belehrung da: — dann haben sie keinen Geschäftskreis; oder es ist ihnen irgend

---

res, als ein Surrogat für das zuschauende Volk, (welchem diese Controle, von Rechts wegen, ehemals, auch in Deutschland anvertraut war): ein Surrogat, wobei man das ursprüngliche Bedürfniß geradeso leicht vergißt, wie beim Durchschauen des Morgenblattes, ein kernhaftes deutsches Frühstück.

(100) Diese Art von Scabinen ist es, ohne Zweifel, welche es bewirkt hat, daß man mit ihrem Amtstitel, im gemeinen Leben, den Begriff pedantisch-unleidlicher Steifheit bezeichnet.

(1) Siehe *F. E. Pufendorf*: de jurisd. german. Lemgo, 1740; P. I. Cap. 3. §. 25.

ein Geschäftskreis angewiesen: — alsdann sind sie nicht bloß zu ihrer Belehrung da. Es hätte, wie mir dünkt, dem systematisirenden Scharfsinne Martins, nicht entgehen sollen, daß er, in dieser Stelle seines Lehrbuches, bloß die Natur der verschiedenerlei Funktionen der fraglichen Nebenpersonen, zu charakterisiren habe; und daß es für diese Charakteristik durchaus gleichgiltig sey, aus welchen Motiven das concrete Subject dieser Functionen, dieselben übernommen habe: sowie auch, ob es, für diese Uebernahme, besoldet oder nicht besoldet werde. Hört Rubens auf, ein Maler zu seyn, wenn er seine eigene Frau, aus Liebhaberei, unentgeltlich malt? Hört der Auscultant, wie er, seinem Titel nach, immer thun müßte, bloß zu; so stellt er meines Erachtens, überall gar keine, dem Richter assistirende Nebenperson vor, und hat gar keinen Geschäftskreis (2). Versieht er die Funktionen eines Actuarius; so gehört er, nach Martin's eigener Theorie (3), gleichfalls nicht in die Classe dieser Nebenpersonen des Gerichtes: sondern bildet vielmehr einen wesentlichen Bestandtheil desselben. Sind ihm die Geschäfte eines Registrators, oder gar nur eines bloßen Canzellisten oder Expedienten (4) übertragen; so darf ihm nicht, zur Unter-

---

(2) Geschäftskreis ist der Inbegriff von Objekten der Anstrengung oder Arbeit; das passive Zuhorchen hat aber noch Niemand, eine Anstrengung oder Arbeit genannt.

(3) S. oben §. 38 u. 63.

(4) Es scheint, als ob dieser Fall, in Deutschland, minder häufig vortomme, als es zu wünschen wäre. Wer den Gehorsam nie geübt hat, lernt auch niemals, gehörig, den Befehl. Der glücklichste Feldherr der neuesten Zeit,

scheidung von diesen Leuten, wie doch das Compendium thut, eine eigene Rubrik gegeben werden ꝛc.

4) Nicht minder unrichtig ist der weitere Satz des Compendii, daß das Gericht sämmtliche, in diesem, seinem §. bezeichnete, sogenannte Nebenpersonen, selber ansetze. Aeusserst unpolitisch erscheint es mir schon, wenn dies mit den Gerichtsdienern, den Registratoren, Canzellisten und Copisten, der Fall ist: denn ob es gleich, leider, nur allzu wahrscheinlich (5) bleibt, daß diese Subalternen des Richters, selbst dann, wenn sie ihm ihr Brod nicht verdanken, demüthig und fromm, dessen Winken gehorchen werden; so kann doch, bei einer Gerichts-Verfassung, die der Oeffentlichkeit (6) ermangelt, selbst jeder Schatten einer Controle des Richters, nicht sorgfältig genug (7), benutzt werden.

---

hat von der Pieke auf, gedient. Die Canzellei- und Registraturgeschäfte sind, mit demselben Rechte, die Seele (eigentlich das unentbehrliche Zifferblatt und das Repetirwerk!) des Processes zu nennen, wie der Kaufmann seine Buchführung die Seele seiner Handlung heißt.

(5) Wie dies die alltägliche Erfahrung a posteriori lehrt, und, vor aller Erfahrung, a priori, an den Fingern abzuzählen steht.

(6) Hier wird das wohlfrisirte Grèmium der Publicitätswidersacher, mich erinnern, daß unsere Civilprocedur doch auch nicht den Charakter der Heimlichkeit: z. B. wie das spanische Inquisitionsgericht: trage. Ihnen antworte ich: daß nicht Alles, was die Mittagssonne flieht, gerade ein Nachtfalter oder gar ein Maulwurf zu seyn brauche: indem es ja auch Dämmerungsfalter gibt. Man vergl. Welt und Zeit: 1819. Bd. IV. S. 73.

(7) Selbst, aus dem Gesichtspunkte des fiscalischen Interesse, die Sache betrachtet. Der Schutz des Privat-Eigenthums gegen jede Art von Plünderung und

Dasselbe gilt von dem, oben supponirten, Falle, wo Civilgerichts-Schöppen bloße Urkundspersonen sind: denn nichts wäre lächerlicher, als dem zu Controlirenden selber, die Auswahl seiner Controleurs zu überlassen. Widersinnig aber wäre es, dem Richter die Anstellung solcher Schöppen übertragen zu wollen, die seine wirklichen stimmführenden Beisitzer seyn sollen: er würde sich sicherlich lauter solche Subjecte zuzulegen wissen, wovon er keinen Widerspruch zu befürchten hätte. Treibt doch der Nepotismus schon alsdann sein jämmerliches Spiel, wenn einem Collegium die bloße Präsentation seiner neu zu creirenden Mitglieder zusteht! Für widersinnig und gesetzwidrig zugleich, endlich halte ich es, wenn der Richter zur Anstellung eines solchen Auscultanten befugt ist, welcher die Funktionen eines Aktuars verrichtet. Es sind nämlich diese Aktuare, durch allmählige Manipulationen der Territorial-Regierungen, an die Stelle der, vom Cap. 11, X. 2. 19. ausdrücklich dazu berufenen, kaiserlichen Notarien getreten (8): welche, ihres Ortes, dieses wichtige Geschäft eben darum überkamen, damit eine Controle der Glaubwürdigkeit und Vollständigkeit der Gerichtsprotokolle, aus der Unterschrift eines, vom Gericht unabhängigen Mannes, resultire (9).

Willkühr, ist die Aegide der Basis des Nationalwohlstandes; und ohne letzteren ist kein solider Reichthum der Regierung denkbar. — S. Say's Darstellung der Staatswirthschaft. 1818. Bd. I. S. 232. ff.

(8) Siehe Scheidemantels Repertorium des d. Staats- und Lehnrechts. s v. Notarius; und Gerstlachers corpus j. germ. publ. 1786. Bd. I. S. 310, seq.

(9) Von dem elenden Nothbehelfe der zwei viri idonei,

Da nun, auf der einen Seite, jede correctorische Rechtsnorm strict, und (gleich jedem anderen Gesetze), wo es der Buchstabe nur immer erlaubt, so zu interpretiren ist, daß die *ratio* legis mit der *voluntas* legis harmonire; so darf, wo die Particulargesetze nicht ausdrücklich das Gegentheil verordnen, durchaus nicht angenommen werden, daß die Territorial-Legislationen die Anstellung der Aktuare (gleichviel aus welchen Motiven diese ihr Amt antreten) dem Richter überlassen wollen: indem dadurch die Hauptcontrole von dessen Legalität sogut wie zernichtet wäre, und das Verfahren, nach Gensler's (10) richtiger Bemerkung, den Charakter der gehässigsten Verdächtigkeit anzöge.

XLIX.

Ueber Martin's Ansichten von den Rechtspflichten des Advocaten. (§. 71.)

Von der langjährigen eigenen Erfahrung des Verfassers, in den Funktionen und Pflichten des Advocaten, war es zwar zu erwarten, daß seine Theorie davon, im

---

welcher, durch das nämliche Gesetz, angeordnet wird, kann jetzt, als von einer Antiquität, zum Glücke, keine Rede mehr seyn.

(10) Siehe dessen Beiträge zur Gesetzgebung ꝛc. Heidelberg, 1819.

Ganzen, richtig ausfallen werde; allein im Einzelnen leidet dieselbe, meines Erachtens, doch an einigen erheblichen Gebrechen.

Einmal nämlich behauptet das Compendium, daß der Advocat seine Pflichten mit beständiger Rücksicht auf das öffentliche Interesse bei der Rechtspflege, ausüben müsse. Dies ist

a) grundlos: indem es überall keine gemeindeutsche Rechtsnorm gibt, wodurch ihm diese Rücksicht zur Zwangspflicht gemacht wäre. Ja noch mehr: es kann, vernünftigerweise, keine solche Rechtsnorm geben: indem die Postulate des öffentlichen Interesse bei der Rechtspflege, nirgends auf eine durchgreifende und gemeinverständliche Legalformel gebracht stehen.

b) Ferner ist es disharmonisch mit dem Charakter, welchen, nach den richtigen Sätzen des §. 70, der Advocat, nach gemeindeutscher Civilproceß-Legislation, begleitet. Da nämlich, zufolge dieser, Jedem, der, nebst dem gehörigen Alter, das erforderliche Talent und Sittenzeugniß hat, das postulare pro aliis, aus dem Stegreife, frei steht (11); so stellt der Advocat gar keine öffentliche Person — keinen Staatsbeamten — vor. Wie könnte man daher ihm die Wahrung des öffentlichen Interesse zur Rechtspflicht machen wollen? Daß man diese Wahrung ihm aber auch wirklich nicht zur Zwangsverbindlichkeit mache: geht daraus hervor, daß ihm schlechthin bloß die nöthige Rechtskenntniß, und

---

(11) Vergl. *J. G. L. Böhmer's* principia jur. can. §. 706—709.

keineswegs Kenntniß der Politik (Staatswissenschaft), zugemuthet wird. Wie vermöchte man nämlich die suprema lex (das heißt, das Gesetz der Gesetze des Staates) — die salus reipublicae, ohne Kenntniß der Politik, zu verstehen? Die Jurisprudenz ist bekanntlich nur die Kenntntß vom Sinne der bloßen positiven Gesetze. —

c) Endlich erscheint es aber auch unklug: denn es ist unnöthig und unerzwingbar. Unnöthig nämlich darum, weil dem einzigen Interesse, welches der Staat, in der Regel, durch die Administration der Civiljustiz, wirklich bezwecken will, — ich meine, der strictenRealisirung der Privat-Gerechtsame, — schon dadurch hinreichend zugearbeitet wird, daß jede Partei (gleichviel nun, ob mit, oder ohne Hülfe eines Advocaten), auf das Wahrhaftigste, Vollständigste, Präciseste und Kraftvollste, schlechterdings, und ohne sich umzuschauen, bloß ihr individuelles Interesse, dem Richter, vorträgt: letzterem es anheimstellend, auf der unparteiischen Wagschale der Gerechtigkeit, die widerstreitenden Interessen gegeneinander abzumessen und auszugleichen (12).

---

(12) Während die Pferde, welche ans Räderwerk einer Mühle gespannt sind, einander bloß nachzulaufen meinen, — wird die Mühle getrieben. „Ihr beschwert euch darüber", sagt Say in der Ausg. II. seines petit volume, daß Jeder nur seinem eigen Interesse nachgehe. Ich traure über das Gegentheil. Bekanntschaft mit unserem wahrhaften Interesse, ist die erste Weihe zur Moralität. Gemäß demselben handeln, ist der Hochpriestergrad in ihr".

— Unerzwingbar hingegen nenne ich jene vorgebliche Rechtspflicht darum, weil die Legislation selbst, unmöglich, für jeden einzelnen civil-processualischen Rechtsfall, im Leben, den Focus des öffentlichen Interesse angeben kann; die Ansichten der einzelnen Advocaten und Staatsglieder, von den Postulaten dieses Interesse, aber, schon im Allgemeinen, geschweige denn gar, im Einzelnen, sich vertical durchkreuzen: so daß derselbe Advocat, weil des Menschen Ansichten wandelbar sind, am nämlichen Tage, zwei gänzlich widerstreitende Handlungen, beide, mit seiner Theorie vom öffentlichen Interesse, rechtfertigen könnte: ohne daß man ihn, das erste oder das zweite Mal, einer Pflichtverletzung überweisen könnte. Das triftigste Argument hiefür, läßt sich Herrn Martin ad hommem führen: indem er selbst ein solches Postulat des öffentlichen Interesse, welches die altrömischen Gesetze mit bestimmten Worten angeben: nämlich, daß das gewissenlose und billigkeitswidrige Ausfluchtsmittel der Extinctivverjährung, möglichst selten erscheinen möge: nicht nur hinwegleugnet, sondern ins gerade Gegentheil verdreht, und, ob *salutem publicam* (!) eben diese Einrede, *ex officio* (!) supplirt sehen will. (Man vergleiche unten meine Kritik des §. 93.)

Zweitens schreibt es Martin dem Advocaten, als Rechtspflicht, vor: daß er „die Sache zuvörderst gütlich beizulegen suche". Von dieser Behauptung gilt (13)

---

(13) versteht sich: nach gemeinem Rechte: denn was steht nicht Alles in der Legion von Particular-Proceß-Ordnungen?

völlig das Nämliche, was von der vorigen gesagt worden ist: das heißt, diese Rechtspflicht ist

a) grundlos: indem kein Gesetz sie vorzeichnet.

b) Ferner ist sie disharmonisch mit dem gemeinrechtlichen Charakter des Advocaten: denn wie käme die Regierung dazu, ihm, der kein öffentlicher Beamter ist, und der vielleicht heute, zum ersten und alleinigen Mal in seinem ganzen Leben, für einem Freund, postulirt, zuzumuthen: ungeheißen von diesem Freunde, — ja wohl gar, wider dessen Rath und Neigung, — an einen unbekannten, in einem entlegenen Land abwesenden, vielleicht obnehin schon als Schikanenschmied erfundenen, Glücksritter, den Lockköder des Vergleichs auszuwerfen? (14)

c) Auch erscheint jene vorgebliche Rechtspflicht, in der That, unvernünftig; indem sie unnöthig, unerzwingbar und zweckwidrig ist. Unnöthig nenne ich sie, vermöge des folgenden Dilemma: entweder fühlt der Advocat, gleichviel ob nun aus Gründen des Eigennutzes (15) oder der Humanität, einen inneren Trieb zum Vergleichstiften: alsdann bedarf es keines, ihn dazu nöthigenden, Gesetzes; oder er fühlt jenen Trieb nicht: alsdann vermag auch kein Gesetzgebot ihm Neigung und Geschick dazu

---

(14) Den Säuglingen des Advocatur-Monopolismus gebt es, wie allen anderen Monopolisten: sie verlieren alle Fähigkeit, sich in Lage und Denkart von Söhnen der Industrie-Freiheit zu versetzen, und unterschieben auch diesen jene Allerwelts-Gefall- und Complimentirsucht, womit sie selber, instinktartig, den Neid des Publikums zu versöhnen, und das ewig untrügliche Nichtmaaß der Nemesis zu illudiren, bemüht sind.

(15) Siehe oben Seite 31.

einzuflößen. — Unerzwingbar heisse ich eine solche Legalpflicht darum, weil kein Codex, für alle einzelne Civilprocesse des Lebens, vorzeichnen kann, wodurch und wie der Advocat die Vergleichsstiftung einzuleiten habe: so daß die Beantwortung dieser entscheidenden Fragen nothwendig der Discretion und dem Arbitrium des Advocaten selber, überlassen bleiben müßte. Wo fände sich nun aber der linkische (16) Advocat, welcher das Manöver nicht verstünde, durch alle anscheinenden Vergleichsver-

---

(16) Kaum besorge ich, daß Herr Martin mir hier den Einwurf machen werde: „Linkisch oder gewandt: gleich„viel: dee rechtliche Mann weiß, was Gehorsam gegen das „Gesetz ist". Hierauf würde ich antworten: allerdings weiß er dies; er weiß aber auch, daß dieser Gehorsam oft zu Unbilligkeit und Grausamkeit führe (summum jus, summa injuria); daß der Vergleich sich hauptsächlich um die Angel der Billigkeit drehe, und daß Billigkeit oft im geraden Gegensatze mit dem strengen Recht stehe. Ihm einen Billigkeitsakt zur Gesetzespflicht machen, heißt daher äußerst oft: ihn zur Verletzung eines strengen Rechts-Verhältnisses und eines positiven Gesetzes, zwingen wollen. Er steht also dann am Scheidewege zwischen zweien Gesetz-Uebertretungen: entweder muß er jenes Gesetz brechen, welches mit dem Befehle der Billigkeits-Beobachtung nicht bestehen kann; oder er muß diesen Befehl umgehen, um jenes Gesetz in Ehren zu halten. Wahrscheinlich wird ihn sein Juristen-Takt, in dieser Verlegenheit, zur Einschlagung des letzteren Weges bewegen: denn es wird alsdann das ältere Recht respektirt, und nur das unvernünftige Gesetz umgangen. — Ohnehin gestehe ich, daß eine Friedensstifterei, der man nur, um seines Legalitätsrufes willen, nachgeht, und eine Straflosigkeit, die keine andere Aegide hat, als das: „nulla poena sine lege", mir ungleich verächtlicher und verdächtiger vorkommen, als der Mann, welcher, wo die Umstände es erheischen: um die segensreichen Gesetze der Vernunft aufrecht zu erhalten, sich unter den verderblichen Gespinsten des Unsinnes, hinwegschleicht.

suche, den Vergleich zu hintertreiben: gleich dem Pudel eines Nagelschmiedes, welcher im Tretrad' immer vorwärts geht, ohne doch, um eines Zolles Breite, vorwärts zu kommen?

Außerdem springt es aber noch leicht in die Augen, daß diese Rechtspflicht des Vergleich-Versuchs, in vielen Fällen, für den Advocaten, unmöglich, niederträchtig, albern, oder gefährlich, seyn würde. Unmöglich nämlich alsdann, wenn er gar nicht wissen kann, ob der angefochtene Gegner seiner Principalschaft, noch in der Welt lebe, und ob oder was derselbe, gegen die Klage von diesem, zu excipiren, gesonnen sey; niederträchtig z. B. in dem Falle, wenn seine Principalin, wegen erwiesener Sodomie, die Ehescheidungsklage gegen ihren Gatten anzustellen, entschlossen wäre; albern alsdann, wenn ihm das Patrocinium, vom Kläger, in dem Moment' übertragen wird, wo ein Geld-Proceß schon, rechtskräftig, gegen einen solvenden Beklagten, gewonnen ist, und, rettungslos für diesen, in der Executions-Instanz liegt; gefährlich aber dann, wenn den Advocaten seine Vergleichsversuche, sogut wie gewiß, in den Verdacht der Prävarication (17) bringen müßten; oder wenn der Gegner, — wie dies, namentlich, oft bei beleidigten Ehegatten der Fall ist (18), — gerade dann, wenn er die Hand eines Advocaten im Spiele merkte, vor dem Ver-

---

(17) S. oben S. 32.

(18) Ganz natürlich: Fleisch und Herz sind schwach: aber Stolz und Eitelkeit, welche jeden Zeugen der Inconsequenz und Schwäche hassen, sind doch oft auch in den Schwachen mächtig.

gleich und der Aussöhnung, ärger zurückscheuen würde, als er es sonst gethan hätte.

Drittens führt das Compendium den Leser auf die Irrmeinung: als ob der Client auf die Manual-Akten (19) des Advocaten, nicht früher gegründete Rechte habe, als nach geleisteter Bezahlung von dessen Deservit. Davon nicht zu reden, daß der Advocat das Retentionsrecht, worauf Martin hier hindeutet, nicht nur in Hinsicht seines Deservits, sondern auch in Hinsicht seiner Auslagen, genieße; will ich den Verfasser nur daran erinnern:

a) daß ja der Client von allen denen Papieren, welche vorher sein Eigenthum waren: ob sie nun Gerichts-Verhandlungen, Correspondenz, Plane, oder Tauf-

---

(19) Es wird unserem vorliegenden Compendio nachgerühmt, daß mehr Material darin zu finden stehe, als in irgend einem anderen Civil-Proceß-Lehrbuche. Meines Erachtens ist dieses Lob äußerst zweideutig. Mit gleichem Rechte könnte man sagen, daß im Inhalts-Verzeichniß der Republikengeschichte von *Simonde de Sismondi* mehr stehe, als in *Muratori's, Machiavelli's* und *Guicciardini's* sämmtlichen historischen Werken. Wer in Räthseln sprechen, statt Sätzen einzelne Wörter, und statt Gegengründen Fragzeichen, Exclamationsstriche oder Unterstreichungen setzen will, kann freilich viel andeuten. Ein Lehrbuch aber muß nicht aus hieroglyphischen Andeutungen, sondern aus Lehrsätzen bestehen. Besser hätte der Verfasser sich vieler schlechten oder überflüssigen Allegate enthalten, als solche Begriffe, wie der von Manual-Akten ist, unerklärt gelassen. Aus eigener Erfahrung weiß ich es, daß jeder Lehrer, welcher nach diesem Compendio lesen will, einem armen Wallfahrer vergleichbar ist, welcher das Gelübde gethan hat, auf Erbsen, eine weite Reise zu machen. Wie unendlich viel bequemer, stetiger und anmuthiger, ist der Gang, welchen man am Stabe von Grolmans System, führen kann!

ſcheine, letzte Willens-Ordnungen, conti correnti ꝛc. enthalten, dadurch, daß er ſie dem Advocaten anvertraut, das dominium keineswegs verliere;

b) daß der Client, auch vor jener Bezahlung, ein wohlfundirtes jus in personam, auf Ausliefrung von denen Actenſtücken habe, welche der Advocat vermöge ſeines (des Clienten) Auftrages verfertigt; und daß kein, vom Advocaten geltend gemachtes, Retentionsrecht, der Exiſtenz dieſes jus in personam etwas verſchlagen könne;

c) ſowie auch, daß dem Clienten, auf jeden Fall, ſelbſt vor jener Bezahlung und trotz dem Retentions-rechte des Advocaten, das weitere perſönliche Recht auf Inſpektion dieſer Manual-Acten zuſtehen müſſe.

L.

Fortſetzung. (§. 72.)

Wer jemals, auch nur zwölf Monate lang, eine Advocatur geführt hat, muß es wiſſen, wie häufig der Fall vorkomme, daß die Clienten, — zumal die armen, — beinahe fußfällig bitten, man möge ſich doch, gegen das Verſprechen eines Palmariums oder einer Quota litis, zu ihrem Rechtsfürſprecher hergeben; und ſelbſt jeder Nichtjuriſt, der drei Grane Verſtand beſitzt, ſieht es ein, daß in Deutſchland, wo die Proceſſe nicht ſelten die Majorennitätsjahre erreichen, wo (in der Regel) keine

Oeffentlichkeit der Verhandlung einer schwierigen Sache, dem Ruhmdurste des Advocaten ein Surrogat oder Supplement für die Geldbelohnung bietet, wo die erlähmendste Langweiligkeit schriftlicher Procedur die Schwingen seines Geistes, mit Bleigewicht, in den Staub zieht, und wo, um seine Entmuthigung zu vollenden, ein überschwenglich großer Bruchtheil aller Civilrechtssätze controvers ist: daß, sage ich, in Deutschland, unter solchen Umständen, dem Rechtsfürsprecher, zumal alsdann, wenn er den Lauf durch das Labyrinth eines schwierigen und wichtigen Civilprocesses, auf eigenes Risico, das heißt, mit der Bedingung übernehmen soll, daß ihm, im Falle des einstigen rechtskräftigen Verlustes, gar kein Deservit zu entrichten sey: allerdings, mit Grund und Recht, auf den Glücksfall des definitiven Gewinstes, eine sehr bedeutende — die gewöhnliche Taxe weit übersteigende — Belohnung versprochen und bezahlt werden müsse. Wer aber, auf der andern Seite, dagegen auch die schnöde Undankbarkeit der Menschen kennt, welche ihrem Wohlthäter nur solange die Hand küssen, als sie seiner bedürfen, hernach aber, wenn sie sich erkenntlich zeigen könnten und sollten, unbedenklich die Zähne weisen: der muß es wahrlich bedauern, daß die Gesetzgebung selber, durch Aufstellung der Verbote der quota litis und des palmarii, dieser Teufelei den Schild der Gorgone selber in die Hand gegeben, und dadurch (20) natürlich nichts Anderes bewirkt habe, als daß der schlau und illegal

(20) Gerade wie auch durch die Geldwucherverbote. Siehe Say's Darstellung der Staatswirthschaft: Bd. II. S. 129.

denkende Advocat, sich, mittelst eines, den Clienten oft äußerst drückenden, contractus mohatrae, unter den oberflächlichen Schranken der Verbotgesetze hindurchwühlt; der geradsinnige und loyale aber (21), welcher den Undank scheut, ohne ihm den Stachel ausreissen zu wollen, unter zehen Malen, wohl neun Mal, seine Hülfe gänzlich versagt (22).

Gewiß darf daher die Untersuchung, ob denn durch unsere Gesetzgebung, in der That, jeder Stipulation des Advocaten, wodurch er sich vor der Beendigung des Processes (23), eine, die ordinäre Taxe übersteigende Belohnung (24) ausbedingen könnte, Weg und Steg

---

(21) und dieser ist, *ceteris paribus*, hier der wünschenswürdigere: denn er wird zuverlässig auch die meiste Clienten-Kundschaft haben, und schon dadurch minder versucht seyn, seine Belohnungs-Stipulation zu überschrauben.

(22) Davon ist dann leicht die Folge, daß der Clientel-Candidat, welchem der Gesetzgeber die *Quota litis* ersparen wollte, zuletzt die gesammte *Summa litis* entbehren muß.

(23) denn, was die Stipulation eines Honorars nach dem Gewinste des Processes betrifft, so erinnere man sich nur an jene, ebenso bekannten, als wahren Reime:

Dum processus ventilatur
Et aegrotus cruciatur
Studeas accipere;
Nam processu ventilato,
Et aegroto restituto,
Nemo curat solvere;

und man wird leicht einsehen, daß mit der alleinigen Freilassung von dieser, wenig oder nichts gewonnen wäre. Das altrömische Recht hat indessen auch sie noch beschränkt!

(24) In solchen Processen, die jeder andere Advocat auch führen kann, und, um die gewöhnliche Taxe, auch, zu

verrammelt sey: eine wichtige genannt werden; und ein verneinendes Resultat derselben, müßte uns unfehlbar erbauen. Ein solches ergibt sich nun aber offenbar aus einer genaueren Betrachtnng der l. 1. §. 12. D. de extraord. cogn. (50. 13.) Dieses Gesetz verbietet nämlich das Ausbedingen von Palmarien nur insofern, als es nicht mitten im Laufe des Processes geschehen soll: allerdings darf es daher ebensogut vor Eröffnung, als nach dem Schlusse, desselben geschehen. Einen anderen Sinn können nämlich die, von Ulpian angeführten kaiserlichen Worte: „suspensa lite“ darum nicht haben, weil sonst die Absurdität herauskäme, daß das Gesetz untersagte: sich, vor Anfang des Processes, auf den Fall der sieggekrönten Führung desselben, 100 Goldstücke (25) (Ducaten) zu stipuliren; während es doch erlaubt, daß man sich diese Belohnung, auf jeden Fall, und für die Führung des Processes schlechthin — ob sie nun glücklich oder unglücklich ausgehe — bedinge.

Wie plan — ja wie nothwendig aber auch diese Exegese ist, und wie gewiß sie das Verdienst hat, uns über das oben angedeutete Noth- und Peinverhältniß

---

führen, bereit steht, wird er diese nicht fordern können, oder wollen; und auch schwerlich erhalten: es wäre denn, daß der nächste Advocat mehrere Meilen entfernt wohnte. (Zwei, in einem kleinen deutschen Landstädtchen, ohne nahe Concurrenten, beisammenwohnende Advocaten, müssen sehr rechtliche Leute seyn; oder dessen Einwohner und Umwohner sind Spielbälle und Schwämme in ihren monopolisirenden — wo nicht gar prävaricirenden Händen).

(25) In welches Maximum, NB., Alles einzurechnen ist, was er sonst, für seine Mühe in diesem Processe, vom Clienten, empfangen hat.

ziemlich hinwegzuſetzen: ſo ſcheint mir es doch, als ob ſie bisher wenig Eingang gefunden habe. Da nämlich das angeführte Maximum (100 aurei) der l. 1. citata, allem Anſcheine nach, und mit Recht (26), in Abgang gekommen iſt; ſo würden unſere Proceßgeſetzgeber, vermöge ihrer Eiferſucht (27) auf den Advocaten-Erwerb, zuverläſſig, ſchon lange, ein anderes und neues dafür eingeführt haben, wenn ſie die theoretiſche Möglichkeit, oder gar eine praktiſche Vielbenutztheit, dieſer Interpretation wahrgenommen hätten.

Dem ſey aber, wie ihm wolle; ſo war es Martin's Pflicht, geradezu und deutlich anzumerken, daß nur diejenige Palmariums-Stipulation ganz verboten ſey, welche während des Laufes vom Proceſſe (28), vorgenom-

---

(26) Schon darum weil 100 Aurei, zu Ulpians und Juſtinian's Zeit, wenn ſie auch wirklich das nämliche Goldquantum vorſtellten, wie 100 heutige Ducaten, doch einen drei Mal höheren Sachwerth hatten, als er dieſen, bei uns, zuſteht. S. Say's Darſtellung der Staatswirthſchaft. Bd. I. Cap. 21. Abſ. 7.

(27) Dieſe Eiferſucht, — der es ſchlechthin nicht einleuchten will, daß der Advocat ebenſo unumſchränkt, mit ſeinen Kenntniſſen und Talenten, müſſe wuchern dürfen, wie der Kaufmann mit ſeinen Capitalen, — iſt freilich ſolang und inſofern ein Segen, als die Advocaten eine Monopoliſten-Zunft bilden. Allein wer wird einen Baum, mit Gewalt und Kunſt, verziehen wollen: bloß, um ihn hinterher wieder bekappen und beugen zu müſſen?

(28) Sie iſt in der That weit bedenklicher, als die, welche dem Proceſſe vorangeht: denn hier ſteht dem Clientel-Candidaten noch die Wahl eines anderen Advocaten ganz frei, wenn der erſte zuviel fordert; dort aber iſt er oft ſchon in hohem Grad' an ſeinen Rechtsfreund gefeſſelt: ohngefähr ſo, wie der Patient, mitten in der Cur, an ſeinen Arzt. Vergl. l. 3. D. eod. t. (50. 13.)

men wird. Statt dessen aber sagt er: „und kann auf „ein noch während des Rechtsstreites ihm verspro„nes palmarium keine Ansprüche machen“: wodurch denn, sogar von dem Gedanken an die Möglichkeit eines Palmariums-Versprechens vor Eröffnung des Processes, alle Aufmerksamkeit des Lesers, abgelenkt wird (29).

---

(29) Die Worte des Herrn v. Grolman a) „vor geendigtem Processe“ trifft dieser Vorwurf beinah in gleichem Grade. Irrig aber ist, was Thibaut, im §. 1093. seines Pandektensystems, hierüber ausspricht.

---

a) Siehe dessen Theorie des Civilgerichtsverf. Ausg. IV. S. 85.

Allgemeine Grundſätze von der Beſchaffenheit des Stoffs und der Form aller Proceßhandlungen.

LI.

Bemerkungen über Martins Theorie von der rechtlichen Natur des Materials aller Parteihandlungen. (§. 82.)

Bevor ich mich zu der Betrachtung des hier rubricirten Gegenſtandes ſelber wende, ſey mir nur das Vorwort vergönnt, daß es keineswegs ein Nachläſſigkeitsfehler ſey, wenn ich, in dieſer Rubrik, nicht ſpeciell die Commiſſiv-Parteihandlungen herausgehoben habe. Dieſes Herausheben wäre nichts Anderes, als die blinde Nachahmung eines Martin'ſchen Fehlers, geweſen. Es gibt, im Proceſſe, ſowie in der Welt überhaupt, keine andere Handlungen, als commiſſive. Von einer Omiſſivhandlung reden, heißt, eine contradictio in adjecto ausſprechen. Omiſſiv-Fehler (und zwar juriſtiſche wie moraliſche) kann es geben: das heißt, Verſündigungen,

die im Unterlassen bestehen; eine Unterlassungs-Handlung aber ist ebenso unmöglich, wie eine Papiergelds-Einschmelzung.

Was nun aber die, im vorliegenden §. enthaltene Theorie selber, betrifft; so dünkt es mir, als sey sie ein auffallender Beweis, nicht nur von der Gefährlichkeit, sondern auch von der geringen Nützlichkeit, des allzuweit getriebenen Abstrahirens und Generalisirens. Das Erstere: weil es sich zeigen wird, daß unserem Verfasser, trotz aller Behutsamkeit, womit er hier zu Werke gegangen ist, mehrere Menschlichkeiten begegnet sind; das Letztere aber; weil — so scheint es mir — aus dem ganzen Apparate — nichts Erhebliches zu lernen steht.

Das Compendium beginnt mit der Bemerkung, daß die Parteien ihre civilprocessualische Thätigkeit, in der Regel, nur durch Vorträge an das Gericht, äußern; und sagt uns, in einer Note, daß die Eidesleistungen, die Beweisartikel und die Fragstücke, Ausnahmen, von dieser Regel, bilden. Hierwider will ich den Tadel nur beiläufig erheben, daß der Ausdruck: „an das Gericht" sehr uneigentlich — ja sogar einigermaaßen unrichtig sey. (Uneigentlich und irreführend ist er nämlich darum zu nennen, weil er andeutet, als ob jeder Proceß, von A bis Z, stets nur vor einem und demselben Gerichte ventilirt würde; während doch tausend und tausend Processe durch die Hand von zwei und drei verschiedenen Tribunalen laufen (30); unrichtig aber erscheint er deßhalb, weil

(30). Und zwar mitunter selbst dann, wenn es, in ihnen, zu keiner Appellation kömmt: namentlich im Falle der Perhor-

die querela denegatae vel protractae justitiae, nach Umſtänden, an das Juſtizminiſterium oder das Cabinet des Regenten, gerichtet werden muß (31)). Ex professo aber muß ich mich gegen den Satz erklären: daß die Parteien-Thätigkeit, in der Regel, nur in Vorträgen an das Gericht, beſtehe. Es läßt ſich derſelbe nämlich, wie mir dünkt, nur inſofern rechtfertigen, als man unter dem Worte Regel, die rohe arithmetiſche Mehrzahl verſtehen will; allein dieſe Interpretation wäre eine Verleumdung vom logiſchen Tacte des Verfaſſers: welcher ja, hier, keine Zahlen-Taxation, ſondern eine ſyſtematiſche Charakteriſtik, liefern wollte (32). — Reducirt man die verſchiedenen Thätigkeitsformen der Parteien, im Civil-Proceſſe, aus dem Geſichtspunkte von deren Zweckbeſtimmung, in ihre Hauptclaſſen, ſo finden ſich der letzteren nur zweierlei: nämlich die Parteienthätigkeit zum Behufe der Vorbereitung des Proceſſes zum rechtskräftigen Endurtheil (33), und die Parteienthätigkeit zum

---

rescenz gegen das ganze Tribunal erſter Inſtanz (ſiehe unten §. 287) und der Querel wegen verzögerter Rechtspflege (ſ. unten §. 298).

(31) Siehe unten den §. 298.

(32) Nichteinmal der Holzhändler begnügt ſich mit der Angabe; „die Stämme dieſes Waldes ſind, in der Regel, „Buchen“, wenn ihn ein flüchtiger Durchblick lehrt, daß jeder 5te oder 6te Baum deſſelben, eine Eiche ſey. Wie könnte es erſt einem Forſtmanne, der ſeinen Eleven die eigenthümliche Natur und die verſchiedene Behandlung und Benutzung dieſer Bäume, lehren wollte, einfallen, dieſen mit eben jener Angabe abzuſpeißen?

(33) ſey dieſes nun ein untergerichtliches oder ein obergerichtliches.

Behufe der rechtsförmigen (34) Vollstreckung (35) dieses rechtskräftigen Endurtheiles. Nun besteht aber, in dieser zweiten Hauptclasse, gerade die hauptsächlichste und wesentlichste Thätigkeit (36), in einem Handeln, (z. B. einem Zahlen, Eigenthums-Uebergeben, Wohnungs-Einräumen, Handreichen am Altar, Gebäude-Niederreissen ꝛc.) und nicht in einem Reden an den Richter. Ja Manches von Dem, was wirklich geredet wird, ist kein Vortrag an den Richter; sondern an den Beamten der jurisdictio voluntaria (37)! Allein auch in der ersteren von diesen beiden Hauptclassen findet sich eine ganze Reihe von Thätigkeitsformen der Parteien, welche keine Vorträge an's Gericht, sondern Handlungen, sind. Außer den dreien, fürwahr sehr wichtigen und häufigen, welche das Compendium selber nennt, führe ich noch an: Sportelzahlung (38); Leistung einer cautio de judicio sisti, oder

---

(34) gleichviel, ob diese Rechtsförmigkeit wieder zum Objekt eines neuen Streites wird, oder nicht, und ob diesen neuen Streit das Gericht erster oder zweiter Instanz, entscheidet.

(35) einerlei, ob diese, provisorisch, dem Eintritte des Endurtheils und seiner Rechtskraft, schon vorangeht, oder nicht.

(36) Wenn es anders überhaupt, auf das Erzwingen einer Thätigkeit, und nicht vielmehr einer Unterlassung, abgesehen war. Indessen selbst hier kömmt noch sehr oft, wenn auch nicht eine Cautionsstellung, doch ein Ersetzen der Proceßkosten, vor.

(37) Indem nämlich z. B. ein zu exequirender Specereihändler dem Theilungs-Commissär auseinander setzt, wie die Auction seiner bloßen Colonialwaren, zur Befriedigung des Gläubigers, hinreiche, und mithin keineswegs seine gesammte Mobiliarschaft inventirt zu werden brauche.

(38) welche freilich durch alle Theile des Processes, wie das Mark durch das Knochengerüste, hindurchgeht.

judicatum solvi; Vorführung der Zeugen; Vorlegung von Vollmachts-Urkunden; Vorlegung von Beweis-Urkunden zur Einſichtsnahme des Gegners; Einſichtsnahme ſolcher Urkunden ſelber; Acte wodurch den Kunſtverſtändigen ſolche Gegenſtände, worüber ſie ihr Gutachten abgeben ſollen, vor die Sinne gebracht werden (39); das Mitanſchauen vom Abſchwören der Zeugen-Eide, des Eides der Gegenpartei, ſowie auch vom Inrotuliren der Acten; und das Anhören der Urtheilspublicationen.

Wie ließe ſich nun aber, unter ſolchen Umſtänden, der, von uns bekämpfte Satz, vor den Tribunalen der Logik und der Civil-Proceß-Metaphyſik, rechtfertigen? und womit will Martin die (freilich mehr formell und relativ, als materiell und abſolut anſtößige) Lücke in ſeinem Syſteme rechtfertigen, daß man vergebens eine Geſammtcharakteriſtik auch von denen Parteien-Thätigkeitsformen darin ſucht, welche keine Vorträge an ein Tribunal, ſind?

Von hier aus geht der Verfaſſer zu der weiteren Behauptung über: daß die „Haupt- und Neben„vorträge der Parteien, im Ganzen, die „nämliche rechtliche Natur haben: indem „beide, nach der nur (leſe: allein) möglichen „doppelten Abſicht der zwei (leſe: jedesma„ligen) ſtreitenden Theile, immer, entwe„der in einem Angriffe des Gegners, oder „in einer Vertheidigung des Angegriffenen,

---

(39) Indem man ihnen, z. B., die, ſehr entſtellten, Spuren einer vormaligen Grenz-Abſteckung, zwiſchen zweien Dorfgemarkungen, vorweiſt.

„bestehen müssen“. Auch diese Ansicht zeigt sich, bei genauerer Ueberlegung, unstichhaltig. Es gibt ja eine Reihe von Parteivorträgen an die Civiltribunale, wodurch diejenigen, welche Martin Angriffs- oder Vertheidigungsvorträge nennt, nur präparirt werden; und diese führen keineswegs, alle, und nothwendig, denselben Angriffs- oder Vertheidigungscharakter (40). Wer kann das Perhorrescenzgesuch wider ein einzelnes Mitglied eines Gerichts-Collegii, einen Angriff auf den Gegner nennen; wer hat noch das Fristgesuch, oder die litis denunciatio, oder das Gesuch um Bevormundung des unmündigen Gegners, oder das Gesuch um Gewährung des Armenrechtes, oder das protocollarische Erklären der Bevollmächtigung eines bestimmten Procurators, oder die Bitte um Ertheilung der Apostel, oder das Gesuch um Versendung der Acten an einen auswärtigen Schöppenstuhl, oder die Bitte um Ansetzung einer Tagfarth zum Schwören, oder das Promotorialgesuch, oder die Reassumtions-Erklärung ꝛc., je, als einen solchen Angriff betrachtet? Allein wenn wir auch von dieser Classe von Vorträgen ganz absehen; was steht dabei zu gewinnen, wenn wir alle anderen Parteivorträge, mit Gewalt, entweder unter die Kategorie von Angriff, oder unter die von Vertheidigung, zwängen: das heißt, z. B. ebensogut das Contumacialanrufen, wie die Klage, ebensogut die Zeugen-Beweisantretung, wie den Appellations-Libell, für einen Angriff, — und nicht minder die Stellung von

---

(40) Noch gewisser gilt dies von der Renunciation auf den Proceß. S. unten §. 309.

Fragſtücken, als das Excipiren gegen die Klage, nicht minder die Annahme einer Eidesdelation, als die Uebergabe einer Appellations-Einwendungsſchrift, für eine Vertheidigung erklären? Die Begriffe von Angreifen und Vertheidigen, müſſen, wenn alle dieſe, ſo verſchiedenartigen Parteivorträge, reſpective, unter ſie ſubſumirbar ſeyn ſollen, ſo ſehr alkoholiſirt werden, daß gar nichts mehr an ihnen bleibt, als die Vorſtellungen von civilgerichtlicher Rede und Erwiederungsrede (41). Was könnte nun aber der Schüler mit dieſem flüchtigen Abſtractum anfangen? Was hätte er Neues daraus erlernt? Daß jeder Partei, durchgängig, rechtliches Gehör gebühre, und daher, auf jede Rede, nöthigenfalls (42), eine Gegenrede zu ſtatuiren und ſtatuirt ſey: weiß derſelbe ja ſchon aus dem §. 16.

Der Schluß des §. zeigt auch, in der That, daß die Naturwidrigkeit jener Begriffs-Sublimirung ſich an un-

---

(41) Ich ſage „Erwiederungsrede“; und nicht „Widerrede“. Man denke an die Acceptation des zugeſchobenen Eides, und an die Agnition einer Urkunde! Ferner erinnere ich an den Fall, wo der Beklagte, in ſeinem Einwendungsvortrage, ſeine Schuld unumwunden bekennt, und, ſtatt aller Exceptionen, den Kläger bloß um Bewilligung leidlicher Zahlungstermine bittet; ſo wie überhaupt an alle Vergleichstractaten vor Gericht.

(42) Die Nothwendigkeit der richterlichen Aufforderung zu einer Gegenrede wird aber, nach gemeindeutſcher Civil-Proceß-Ordnung, nicht einmal in allen denen Fällen angenommen, wo die Antragsrede wirklich unmittelbar die Verhängung eines Nachtheils, über den Gegner, bezweckt: namentlich nicht im Fall' einer accusatio contumaciae.

serem Verfasser selber, sofort gerächt habe. Nachdem er nämlich zuerst die Behauptung ausgesprochen hat, daß andere (43) Angriffe die Natur der Klage gewissermaassen (44) nachahmen; fährt er fort und sagt: „aber auch (45) jede Vertheidigung kann ihre Tendenz auf zweifache Weise verfolgen: entweder durch Entwickelung selbstständiger Behauptungen (Einreden); — — oder durch bloßes Bezweifeln (46), daß beim gegnerischen Angriffe, dessen gesetzlich nothwendige Voraussetzungen vorhanden seyen (verneinende Antwort)".

Wenn nun aber, wie Martin, seiner Theorie nach, zugeben muß, die Aufstellung von Zeugenbeweis-Artikeln

---

(43) Vermuthlich stockte ihm die Feder, als er schreiben wollte „die anderen": denn der Analogie des nachfolgenden Satzes, welcher „jede" Vertheidigung zum Subject hat, und der ganzen Tendenz dieses seines §. zufolge (worin ja eine allgemeine Charakteristik, und nicht eine Reihe von oberflächlichen und vagen Notizen, aufgestellt werden soll), mußte er ohne Zweifel den Drang fühlen, von allen Angriffen zu sprechen.

(44) Hiergegen läßt sich freilich nichts einwenden: denn alle Menschen-Acte der Welt, ahmen sich freilich wenigstens insofern „gewissermaaßen" nach, als sie sämmtlich — Menschen-Acte sind. Was aber, mit solch einem Satze, Brauchbares gesetzt und gelehrt sey? ist eine andere Frage.

(45) Dieses „aber auch" bestätigt das, in der Note 43 von mir Bemerkte.

(46) Muß heißen: „Nicht-Einräumen". Das Bezweifeln ist etwas Innerliches, worauf im Processe nichts ankömmt. Der äußerliche Ausspruch des Bezweifelns, im Gerichtshofe, aber hat nur insoweit einen Werth, als ein Nicht-Einräumen darin liegt.

einen Angriff, und die Vorlegung von entſprechenden Interrogatorien zu denſelben, eine Vertheidigung, vorſtellt; ſo frage ich: wer den Satz vertheidigen wolle: daß dieſe Interrogatorien bald Behauptungs-, bald Bezweiflungs-Vorträge, oder halb das Eine und halb das Andere, ſeyn müſſen? Die directe Gegenbeweis-Antretung iſt doch ſicher, nach Martins Terminologie, eine Vertheidigung wider die Beweisantretung, zu nennen; aber wer möchte von ihr behaupten, daß ſie ihre Tendenz durch jenes „bloße Bezweifeln“ verfolgen könne? Ebenſo iſt, dem Compendio nach, die Erklärung, welche ich, im Beweistermin, auf eine, mir producirte, angeblich von meiner Hand rührende, Beweisurkunde, zu machen habe, eine Vertheidigung zu nennen. Wo ſteht nun aber geſchrieben, daß dieſe Vertheidigungs-Erklärung in eben jenem „bloßen Bezweifeln“ beſtehn dürfe? — Der Raumerſparniß wegen, enthalte ich mich der unnöthigen Häufung von noch mehreren Inſtanzen: denn ſchon aus dieſen dreien geht, meines Erachtens, genugſam hervor, daß dieſe Schlußtheorie des §. (deren Entwickelung wir hauptſächlich dem überlegenen Scharfſinne Sibeth's verdanken) bei Weitem nicht — wie ſie doch den Anſchein haben will — auf alle jene Angriffs- und Vertheidigungs-Vorträge der Parteien, ſondern nur auf eine beſondere Gruppe derſelben, gemünzt ſey und paſſe: — eine Gruppe, die, meines Wiſſens, noch keinen beſonderen Specialtitel hat; die man aber vielleicht nicht ganz unſchicklich, per eminentiam, das Rechtsgeſtreite, nennen könnte.

LII.

Hat der Richter die Einrede der Extinctivverjährung, ex officio, zu suppliren? (S. 93.)

Niemals ist eine Rechtsnorm im Kopf eines Praktiker's aufgeschossen, welche so gänzlich aus der Luft gegriffen wäre, mit Geist und System der bestehenden Gesetze, so durchaus disharmonirte, und durch so viele argumenta ab absurdo niederzuwerfen stünde, wie der Satz, „daß „die Einrede der Extinctivverjährung, — wofern sie sich „aus aktenmäßigen Thatsachen herleiten läßt, — von „Richteramts wegen, zu suppliren sey": welchen Martin hier den Herren Wernher, Carpzov und Cramer, auf Treu und Glauben, nachspricht. Da jedoch das Beste was dawider gesagt werden kann und muß, sich bereits durch den Scharfsinn der Herren Lotz und Krüll (in Bd. I. Hft. 3. von Genslers ꝛc. Archiv f. d. c. Praxis), auseinandergesetzt findet; so beschränke ich mich, um nicht ausgedroschenes Stroh zu dreschen, lediglich auf folgenden kleinen Nachtrag.

1) Um eine so schreiende Singularität, — ein solches monstrum in jure, — wie die Ergänzung einer Einrede, durch den Richter: zu begründen, müßten

die Geſetze dieſen richterlichen Akt, mit den allerbeſtimmteſten und unzweideutigſten Ausdrücken, befohlen haben: und ſelbſt dann würden wir, wegen deſſen exorbitanter Naturwidrigkeit, noch immer faſt geneigter bleiben, unſeren Augen, als dem Verſtande der Geſetzgebung, zu mißtrauen. Ein ſolcher Ausdruck findet ſich nun aber nicht nur, in unſern univerſell-deutſchen Geſetzbüchern, überall nicht; ſondern, man möchte ſagen, faſt jedes Blatt von dieſen, lehrt das ſcheitelrechte Gegentheil. Um nur zwei Belege hiefür herauszuheben, bemerke ich: a) daß überall, wo, mit einiger Präciſion, vom Schutze, welchen der Beklagte im Zeitablaufe finden kann, geſprochen wird, von einer exceptio oder praescriptio, i. e. Einrede, triginta etc. annorum (alſo von einer ausdrücklichen Erklärung des Beklagten ſelber,) und keineswegs von der bloßen, dem Richter einleuchtenden, Exiſtenz dieſes Zeitablaufes (das heißt, von einem, durch den Richter, auch unabhängig von des Beklagten Erklärung, zu beachtenden Thatverhältniſſe) die Rede ſey; b) und daß Juſtinian, ſelbſt in einem ſolchen Geſetze, wo er, aus Frömmmigkeitsantrieb, den Kirchen, Hoſpitälern, Klöſtern ꝛc., das Verjährungsziel gewiſſer, ihnen zuſtehender, Klagen bis auf den Schluß des hundertſten Jahres hinausrückt (47), und wo man allerdings auf die Vermuthung gerathen könnte, daß nur entgegenſtehende Berückſichtigungen des Staatswohls ihn gehindert haben könnten, die Ver-

(47) l. 23. Cod. de sacros. eccles. (1. 2.)

jährbarkeit dieser Klagen seiner Lieblinge, gänzlich und unbedingt zu cassiren: daß, sage ich, Justinian selbst hier, keineswegs etwa dem Richter befehle, nach dem gehörigen Ablauf jener 100 Jahre, keine solchen Klagen dieser juristischen Personen mehr anzunehmen, sondern bloß spreche: „et nobis quidem cordi erat, *nullis* temporum metis hujusmodi actiones circumcludi; sed ne videamur in infinitum hanc extendere, longissimum vitae hominum tempus eligimus, et non aliter eam actionem finiri *concedimus*, nisi C annorum curricula excesserint: tunc enim tantummodo hujuscemodi exactionem evanescere (48) *sinimus*. Sive itaque — — memoratis locis fuerint derelicta — —: sit eorum pene perpetua vindicatio: — — — *nulla alia temporis exceptione inhibenda* etc." —: zum sichersten Beweise, daß er sein hundertjähriges Ziel nicht um des öffentlichen Nutzens, sondern um des Privatinteresses der Beklagten, willen, gesteckt — (und darum auch lediglich der Excipir-Sorgfalt der Letzteren, die — seiner Pietät immer odiose — Berufung auf dasselbe, anheimgestellt) habe.

2) Um zu einem so höchst singulären Befehl, an einen Richter, zu schreiten, hätte die Gesetzgebung doch zuverläßig von der Ansicht ausgehen müssen, daß jede, das Verjährungsziel überschreitende, Dauer der Klagbarkeit eines Rechtes, der Staatswohlfarth zuwider-

---

(48) Welch jämmerlich flauer Ausdruck eines Gesetzgebers!

laufe. Nun ſage ich aber A.: es kann dies, vernünftigerweiſe, ihre Anſicht nicht geweſen ſeyn: denn a) wie würde ſie ſonſt irgendwo erlaubt haben, daß der Richter abwarte, bis der Beklagte ſich auf die Verjährung beruft, oder gar, bis ihm, ohne ausdrückliche Berufung des Beklagten, die Verjährtheit der Klage, aus den Akten, entgegenleuchtet; ſtatt ihm zu befehlen, daß er jedesmal direct darauf inquirire, ob denn die angebrachte Klage nicht, durch den Zeitablauf, ipso jure, erloſchen ſey. b) Und wie würde ſie ſonſt thöricht und kurzſichtig genug geweſen ſeyn, durch die Vorſchrift der l. 9. C. de praescr. 30. v. 40. ann. (7. 39.) dem Kläger das einfache Mittel in die Hand zu geben, das Verjährungsziel um 40 Jahre, der salus publica zum Trotze, hinauszurücken: indem er, zu dieſem Behufe, bloß einige Wochen vor dem Ablaufe der eigentlichen Verjährungsfriſt, die Klage anhängig zu machen, und ſodann wieder liegen zu laſſen braucht, um ſeine klagſcheuen Gegner, von Stund an, während einer neuen Verjährungsfriſt von 40 Jahren (nämlich dem ſogenannten terminus praescriptionis litis pendentiae) im Schache halten zu können.

B. Es iſt aber auch ihre Anſicht, in der That, nicht geweſen: denn a) zu der Theorie; daß das gerichtliche Geltendmachen eines Billigkeitspoſtulates dem Staatswohle nicht nur nicht widerſtreite, ſondern vielmehr zuſage, haben ſie ſich dadurch bekannt, daß ſie einer ganzen Reihe von Billigkeitspoſtulaten, und namentlich auch dem, daß ein Recht, durch bloßes Unterlaſſen der Einklagung, nicht erlöſchen dürfe: die Schutzwehrkraft

wider (entsprechende) Klagen des Gegners beilegten (49); und b) Kaiser Justinian sagt, in der Novelle 9., ausdrücklich: die Einrede der Extinctivverjährung, welche Kirchen opponirt wird, sey ein *iniquum* impiorum hominum praesidium, und ein tutus peccandi locus, selbst für vorsätzliche Sünder (scientibus), und das Vorschützen des tempus, statt der puritas, sey eine improba temporis allegatio. Was nun aber, in den Augen des christlichen Gesetzgebers von einem Christen-Staat, als ein improbum impiorum hominum consilium erscheint, kann bei demselben Gesetzgeber nimmermehr für einen Heischesatz der Staatswohlfarth gelten. Wollte mir Martin hiergegen einwenden: daß Justinian dies nur von der Einrede der Extinctivverjährung gegen Klagen der Kirche, gesagt habe; so würde ich antworten: α) das Beiwort impius mag vielleicht allerdings, in specie, nur auf Schuldner (50) der Kirche gemünzt seyn, die sich hinter die Verjährung verkriechen, um der Klage zu entrinnen; hingegen die Prädicate iniqua und improba, welche der exceptio temporis schlechthin beygelegt werden, sind keineswegs allein nur auf diese concreten Benutzer der Verjährungseinrede zu beziehen: zumal, da sie nichts anderes sind, als Ausflüsse von dem generellen Satze der l. 14. D. de condict. indeb. (12. 6.) „hoc naturâ aequum est, neminem

---

(49) S. l. 5. C. de except. et praescript. (8. 36.) und Weber's Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. Ausg. IV. §. 92.

(50) Es versteht sich, daß dieß Wort hier in allgemeinster Bedeutung genommen sey.

cum alterius detrimento fieri locupletiorem; β) und, geſetzt auch, dieſe Reſtriction von Juſtinian's Ausſpruch, auf die Verjährungs-Einrede der Kirchenſchuldner, wäre ſtatthaft; ſo würde doch auf jeden Fall wenigſtens für dieſe, eine Ausnahme vom Satze Martin's gelten müſſen, und mithin in deſſen Theorie, von der einen Seite, ſchon eine Breſche gebohrt ſeyn, bevor ſie noch, von der andern, nur einigermaaßen, aufgemauert wäre.

LIII.

Gibt es privilegirte Einreden? (§. 94.)

Kaum die Geſetze der 12 Tafeln ſind mit ſo umſichtsloſer Allgemeinheit und Oberflächlichkeit aufgeſetzt, wie der §. 87. des J. R. A., worin, wie H. v. Grolman zu glauben geneigt ſcheint, und Martin wenigſtens nicht leugnet, allen privilegirten Einreden der Todesſtoß verſetzt wird. Wollte man deſſen Worten „wie auch, „was er dabei, *dilatorie* oder *peremptorie*, ein„zuwenden haben möchte, Alles auf einmal, „bei Strafe der Präcluſion, einbringen," buchſtäblich nehmen: das heißt, wollte man den Ausdruck: „Alles auf einmal," ſo auslegen, als wäre ihm der ausdrückliche Zuſatz: »ohne alle Ausnahme," beigefügt; ſo würde dadurch ja, ſelbſt der nachtragsweiſe Vortrag von ſolchen Exceptionen, die das Weſen des

Processes betreffen, und von solchen, deren Fundamente dem Beklagten erst hinterher zuwachsen, — geschweige denn gar von solchen, deren bloße Bekanntschaft ihm damals gebrach, unleugbar abgeschnitten seyn. Wer wird und kann nun aber behaupten wollen, daß dies die Meinung der Reichslegislation gewesen sey? Niemand. Gleichwohl kann man es nicht leugnen, ohne zuzugeben, daß der besprochene Ausdruck vielmehr so zu nehmen sey, als hätte er den Zusatz: „salvis exceptionibus:“ dergestalt, daß er, wie in der Regel alle correctorischen Gesetze, die früheren Ausnahmen von der aufgehobenen Regel, bestehen läßt, und ebenso allen anderen Beschränkungen Raum gönnt, welche aus dem wohlverstandenen Sinn und Willen neuerer Gesetze hervorgehen: und sollten diese auch ihre Beschränkungsqualität nicht, mit ausdrücklichen Worten, an der Stirne tragen. Demzufolge müssen nun aber unvermeidlich noch jetzt für privilegirte Einreden gelten: z. B. (51)

a) die exceptiones S. C. Macedoniani und Vellejani: denn beide waren schon nach altrömischem Rechte insofern privilegirt, als sie noch nach eingetretener Rechtskraft des Endurtheils opponirt werden durften; (52)

---

(51) Meine Absicht bey diesem Versuche geht keineswegs auf den Entwurf eines vollständigen Kataloges von allen hieher gehörigen Exceptionen. Scheint man doch selbst über den Begriff von einer exceptio privilegiata noch nicht ganz einig zu seyn!

(52) l. 11. D. S. C. Macedon. (14, 6.) und l. 8. §. 2. D. ad S. C. Vellej. (16. 1.)

b) und diejenigen Exceptionen, welche dem Kläger ein abſolut gebietendes oder verbietendes Geſetz (z. B. das Gebot, daß Jeder, der ein Feuergewehr in Händen habe, ſolches an die Regierung abliefern müſſe, oder das Verbot der Bigamie, des Wuchers ꝛc.) entgegenhalten: denn da dergleichen Gebots- und Verbotsnormen zum jus publicum gehören; dem jus publicum aber durch Privatwillkühr kein Eintrag geſchehen darf; ſo liegen dieſe Exceptionen, wie H. v. Gönner (53) richtig bemerkt, außer dem Gebiet eines giltigen Verzichtes.

Martin that mithin Unrecht daran, daß er die fortwährende Exiſtenz von privilegirten Einreden in Zweifel ſtellte; ſtatt ſie kategoriſch zu behaupten.

LIV.

Ueber den Inhalt der Deciſivdecrete.

(§. 109.)

Was das Compendium über die Materie der entſcheidenden Civilgerichts-Verfügungen ſagt, unterliegt, meiner Anſicht nach, einem dreyfachen Tadel.

Einmal nämlich iſt es unwahr, daß alle Deciſiv-

---

(53) S. deſſen Handbuch des Proceſſes. Ausg. II. Bd. II, S. 193.

decrete eine Erklärung über Anerkennung des (54) gerichtlich verfolgten Rechts enthalten: indem die Beweisinterlocute, (welche doch auch Decisivdecrete sind,) zufolge den Gesetzen, nur dann (55), das, auf ihre Erfüllung bedingte, Definitivurtheil auszusprechen haben, wenn sie einen Eid auferlegen; und die Praxis auch, aus vernünftigen Gründen (56), diesen Ausspruch, der Regel nach, in allen andern Fällen, de facto, unterläßt.

Zweitens läßt es sich sehr klar nachweisen, daß die angeführten Worte des Verfassers: »Anerken-

---

(54) Allerdings könnte man dem Verfasser auch daraus einen Vorwurf machen, daß er hier den Ausdruck „des g. verfolgten Rechts“ gebraucht hat. Sicherlich wird nämlich jeder Neuling (zumal bey der äußerst magern Theorie, welche ihm der §. 103. beigebracht,) dadurch auf die Irrmeinung verleitet, als müsse jedes Decisivdecret immer das Hauptobject des, durch die Klage, verfolgten Rechtes, zum Gegenstande haben: indem nur dieses, per eminentiam, „das verfolgte Recht“ heißt. Martin wollte eigentlich sagen: „eines g. verfolgten Rechts: — und zwar Proceß- a) oder Nicht-Prozeßrechts. —“

Was der obige Text sagt, setzt schon voraus, als hätte er diesen letzteren, richtigeren Ausdruck gebraucht.

(55) S. l. 11. Cod. de sent. et interl. (7. 45.) Vergl. mit §. 179. des Compendii.

(56) Damit nämlich nicht schon Streit über das Bedingte auflodere: bevor man noch der Erfüllbarkeit, oder Erfüllung, der Bedingung gewiß ist.

---

a) denn auch, z. B., das Urtheil über ein (provisorisches) Arrestgesuch, ist ein Decisivdecret.

nung oder Nichtanerkennung des g. v. Rechts", noch zu zweien bedeutenden Irrthümern Anlaß geben.

1) Erſtens wird durch Deciſivdecrete keineswegs allein über gerichtlich verfolgte Gerechtſame, ſondern auch über die Form des Verfolgens dieſer Gerechtſame, entſchieden. Das Urtheil, z. B., wodurch ich mit meiner actio hypothecaria, auf des Beklagten exceptio fori incompetentis, ab instantia zurückgewieſen werde: enthält keine Erklärung über mein verfolgtes Pfandrecht; ſondern bloß über die Art und Weiſe meiner Verfolgung deſſelben.

2) Fürs zweite aber iſt es unrichtig, daß die Deciſivdecrete ſich immer nur über das Angriffsrecht des Angreifers zu erklären, und daſſelbe entweder anzuerkennen, oder nicht anzuerkennen, haben: denn ſooft ein Angriffsrecht nicht wegen ſeiner eigenen Unerweislichkeit oder Grundloſigkeit, vom Richter, reſpuirt werden kann: ſondern bloß mittelſt einer Einrede (theilsweiſe oder gänzlich, proviſoriſch oder definitiv) zurückgeſchlagen worden iſt, ſollte die Erklärung des Richters, daß Dem alſo ſey, niemals fehlen, und mithin des Letzteren Decret zugleich auch einen Anerkennungs- oder Nichtanerkennungs-Ausſpruch über das Einrederecht, oder die Einrederechte, des Angegriffenen involviren (57). In

---

(57) Wollte Martin hier einwenden: daß er auch die Einrederechte unter ſeinem Ausdrucke: „g. verfolgten Rechts" mitbegriffen habe; ſo würde ich erwiedern: daß ihm dieſe nothzüchtigende Interpretation des Wortes

die Augen springt aber die Nothwendigkeit dieses Ausspruches, in folgenden beiden Fällen:

a) wenn der Beklagte seiner Schuld überführt ist, aber die exceptio compensationis siegreich opponirt hat. Sagt das Endurtheil hier nicht ausdrücklich: daß der Kläger bloß um dieses Einrederechts willen, zurückgewiesen sey; so mangelt, wenn der Beklagte, dolose, dieses nämliche Einrederecht, Tags darauf, in Form einer Klage, bei einem andern Richter, geltend macht, der liquide Beweis der exceptio doli des damaligen Klägers und nunmehrigen Beklagten; und es müssen, zur Herstellung dieses Beweises, die gesammten Acten des früheren Processes dem nunmehrigen Richter zur neuen Durchsicht und Beurtheilung vorgelegt werden: woraus denn, am Ende, gar resultiren könnte: daß dieser Letztere (weil ihm obige Ueberführung von der Richtigkeit, der, angeblich durch Compensation getilgten, Schuld, nicht einleuchten will,) den nunmehrigen Excipienten, zu Schmach und Fluch der Justiz, in die Zahlung condemnirte.

b) Dasselbe gilt in dem Falle, wenn dem Richter die Verbindlichkeit des Beklagten, durch den Kläger, bewiesen worden ist, dieser aber den Schild der exceptio triginta annorum, mit Erfolg, entgegengestemmt hat. Wiese hier das Endurtheil den Kläger bloß mit

---

Verfolgen (wornach es auch das defensive Geltendmachen bezeichnen soll,) nicht einmal helfen könne: indem der Fehler alsdann immer noch in seinem Numerus singularis: „des g. v. Rechtes“ stecken bliebe.

ſeiner Klage ab, ohne ſich über den Grund dieſes Abweiſens, und über die rettende Kraft des gegründeten Exceptionsrechtes vom Beklagten, auszuſprechen; ſo würde, wenn ſpäterhin dieſer geſcheiterte Kläger, einem Angriffe des gegenwärtigen Beklagten, vor einem andern Richter, jene Verbindlichkeit (quia remansit *naturalis* obligatio) excipirend entgegenhalten wollte, der liquide Beweis dieſer Verbindlichkeit fehlen, und der neue Richter wäre gleichfalls zu dem, (ebenſo leicht zu erſparen geweſenen, als, für den Excipienten, gefährlichen) Durchdenken jener früheren Proceßacten genöthigt: glücklich genug, wenn er nicht auf den albernen Einfall geriethe, die replica rei judicatae, welche der Kläger dolose opponiren würde, für liquid anzuſehen, (das heißt, jenes, nichtswürdig, in allgemeinen Ausdrücken, gefaßte Abweis-Urtheil gänzlich verkehrt zu verſtehen,) und ſich, mit einem verachtenden Blick auf jene Einrede, dieſes Nachdenkens total zu entſchlagen. — (58)

Drittens muß es irrig genannt werden, was Martin, in der Note k, andeutet: daß nämlich, in judiciis divisoriis, auch der Kläger verurtheilt werden könne. Ein Angreifer, (und alſo, in specie, auch ein Kläger,) als ſolcher, kann niemals verurtheilt werden: das heißt, Mehr verlieren, als die Möglichkeit, ſein concretes Angriffsrecht, im Staate, zu realiſiren; und wenn der Angegriffene in einem Theilungsproceſſe, dennoch condemnirt wird; ſo rührt dies daher, weil die Theilungsproceſſe judicia duplicia ſind, und er zu-

(58) Vergl. Müllner's Elementarlehre der richterlichen Entſcheidungskunde. 1819. Nr. XXVII.

gleich auch die Rolle des Angegriffenen — des Beklagten gespielt hat. In der Eigenschaft des Letzteren, und nicht als Kläger, erfuhr er jenes Schicksal (59).

LV.

Ueber die Auslegung rechtskräftiger Urtheile, und über die Natur des formellen Rechtes.

(§. 110.)

I. Wenn das Compendium sagt: daß man nur eine „beschränkte“ Auslegung rechtskräftiger Urtheile, für zuläßig halte; so scheint mir, in diesem Satz, auf eine zweifache Weise, gegen die Form, gefehlt zu seyn.

Einmal nämlich ist das Prädicat: „beschränkte“, für den Begriff von Auslegung, ein äußerst übelgewähltes: denn a) der Verfasser wollte es nicht der Auslegung selber, sondern vielmehr dem Resultate derselben, beilegen; und b) wenn wir es auch von letzterem verstehen wollen, das heißt, wenn wir obigen Ausdruck so paraphrasiren: „der gemeinen Meinung nach, ist der Sinn eines r. Urtheils, durch die Auslegungskunst, immer zu beschränken“; so sagt derselbe entweder nichts, oder zuviel. Nichts: insofern als die Exegese den Sinn aller Ausdrücke, bestimmten Normen gemäß, zu beschränken hat;

---

(59) Vergl. oben S. 152 ff., und Müllner, l. c. §. 142 — 144.

zuviel aber: inſofern als es keineswegs wahr iſt, daß rechtskräftige Urtheile ſingulären Regeln der Beſchränkung, unterworfen ſind. — Offenbar wollte der Verfaſſer, mit ſeinem Beiworte „beſchränkt," diejenige Art von Interpretation bezeichnen, welche zwiſchen der reſtrictiven (beſchränkenden) und extenſiven (ausdehnenden) in der Mitte ſteht, und die man unter dem lateiniſchen Zunamen der stricta (der ſtrengen), kennt. Sie iſt die einzige, deren Statthaftigkeit, durch die, vom Compendio citirten, Geſetzſtellen (welche noch durch die l. 27. D de liberali causa vermehrbar wären,) begründet wird. Wenn 3 Perſonen, durch die nämliche Sentenz, ſchlechtweg verurtheilt werden: eine theilbare Verbindlichkeit miteinander zu bezahlen; ſo iſt damit freilich noch keineswegs geſagt, daß ſie zu dieſer Zahlung ſolidariſch verpflichtet ſeyen; und wenn die Sentenz lautet: Tiro iſt Cäſar's Sclave nicht; ſo wäre es freilich eine faſt ſündig-dumme Extenſiverklärung, wenn man ihr den Sinn gäbe: Tiro iſt keines Menſchen Sclave. — Meines Wiſſens wird dieſe ſtricte Interpretation auch überall, in der Praxis, gehandhabt: und zwar in der Art, daß man zweideutige, oder dunkle Beſtimmungen ſolcher Urtheile, wo möglich, aus den betreffenden Acten erklärt, und, wo Zweifel über Quantitäten vorliegen, ſich an die geringere oder geringſte Quantität hält: ganz nach Analogie der ſtipulirten Verſprechungen.

Zweitens that Martin Unrecht, daß er den richtigen und unumſtößlichen Satz, welchen wir ſoeben, in ſeinen Worten, gefunden haben, (vorausgeſetzt, daß er — mit ſeinem angeführten Gewährsmanne Mevius —

sich wirklich zu demselben bekennt,) dadurch in einen Zweifelsschatten stellt, daß er ihn uns durch die Worte: „man hält ꝛc. für zulässig," bloß als einen Ausspruch der gemeinen Meinung, referirt. Er hätte ihn kategorisch, als eine zuverläßige Rechtsnorm, vortragen sollen.

11. Einen Materialfehler hingegen begeht das Compendium, wenn es meint, „die Natur des „formlichen Rechtes, welches die Rechtskraft bil„det, rechtfertige die stricte Interpretation der rechts„kräftigen Urtheile." Niemand hätte hier, vom Verfasser, den Grund dieser Rechtsnorm gefordet: da sein ganzes Buch ja nur die Darstellung des Systems, und nicht auch des Geistes, der gemeindeutschen Civilproceßgesetze beabsichtigt: aber durch Angabe eines gänzlich falschen und verwerflichen Grundes, könnte er, statt eines opus supererogationis, sehr leicht ein Heer von Cardinalirrthümern erzeugen. Diesem muß entgegengearbeitet werden.

Offenbar liegt der angeführten Meinung Martin's, der Irrwahn zum Grunde, als ob jede Vorschrift des formellen Rechtes, strict interpretirt werden müsse; und dieser Irrwahn selber gründet sich, seines Ortes, wieder, ohne Zweifel, auf das πρῶτον ψευδος: daß jede Norm des formellen Rechtes eine correctorische und singuläre Rechtsnorm sey, welche von den Dictaten des materiellen oder Natur-Rechtes, — als dem jus commune — abweiche, und daher — wie jede lex correctoria — streng zu interpretiren sey. — Niemals ist nun aber eine verderblichere, und niemals eine sinnlosere Lüge in die Welt gekommen, als dieses πρῶτον

ψευδος. Was heißt: materielles Recht? Diejenigen Geſetze des menſchlichen Verkehrs, welche, unabhängig von aller äußeren Sanction, in unſerer Vernunft, ihren Quell haben, und von ihr, als ſolche, erkennbar ſind. — Was heißt: formelles Recht? Diejenigen Geſetze des Menſchenverkehrs, welche, abgeſehen von der Vernunft-Sanction, in der Staatsgewalt ihren Quell haben, und äußerlich erkennbar ſind. — Was heißt: das formelle Recht verhält ſich, praktiſch, zum materiellen, wie das jus singulare zum jus commune? 1) Alle Normen des Menſchenverkehrs, welche der Staat dictirt, weichen weſentlich von denen ab, welche die Vernunft vorzeichnet; 2) und dieſe bilden, im Staate, die praktiſch anzuwendende Regel, jene aber nur die praktiſch geltende Ausnahme, von dieſer Regel. Wären dieſe beiden Sätze (1. u. 2.) wahr, ſo müßten unſere Staatsordnungen noch heute in Trümmer zerfallen; oder ſie hätten vielmehr nie zur Exiſtenz kommen können.

ad 1) Nur dann dürften die, vom Staate ſanctionirten Normen des Verkehrs, mit den Geſetzen, welche die Vernunft dieſem Verkehre dictirt, im durchgängigen Widerſtreite ſtehen, wenn der Menſch ſeine Vernunft, gleich einem Gewand, auszuſtreifen, und ſeines Lebens Zweck, einem gemeinen Handwerke gleich, gegen einen andern auszutauſchen, vermöchte. So aber, wo jedes Uebertreten der Vernunftgebote, den Unternehmer in ſicheres Unglück führt, und jedes Aufſtecken eines fremdartigen Lebenszieles, an ohnmächtiger Tollkühnheit, dem Anbellen des Mondes gleicht (60); muß jede Staatsge-

(60) Vergl. die Charakterzeichnung der Po-

walt sich wohl, mehr oder minder (61), damit begnügen: das materielle Recht auch zum formellen zu machen: das heißt, den wandellosen Gesetzen der Vernunft, ihren Kunst-Stempel aufzuprägen; sie da, wo ihre Ausspräche der Bestimmtheit ermangeln, auf eine feste, universellgiltige Formel zu bringen, und sie, aus dem inneren Reiche der Ideen hervor, auf dem offenen Markt, in gemeinverständlichen Worten, zur Schau (62) auszustellen.

ad 2) Nur dann dürfte das Vernunftrecht die praktisch geltende Regel, das positive (oder formelle) Recht aber, blos die praktisch anwendbare Ausnahme von dieser Regel, bilden, wenn die Normen des Vernunftrechts so allgemein erkennbar, und zugleich so harmonisch anerkannt, wären, daß über ihre Existenz und ihren Inhalt, niemals Zweifel oder Zank entstehen könnte. So aber, wo wir gerade nur die Weisesten aller Völker und Zeiten, über die Elementargesetze des Menschenverkehrs einig sehen, um die Consequenzen aus diesen Principien aber, auch sie, in endlosem Streit, Aller, gegen Alle, verwickelt finden; und wo alle übrigen Individuen unseres Geschlechtes, aus Leidenschaft, Dummheit

---

litik: einen kritischen Comment. über Montesquieu's Geist der Gesetze: herausgeg. von mir. 1820. Bd. I. Kap. 1.

(61) Heil dem Volke, dessen Staatsgewalt sich gänzlich damit begnügt, oder begnügen wird!

(62) „Zum Spiegel," sagt Eike von Repgow in der Vorrede zu seinem berühmten Rechtsbuche. Vergl. Eichhorn's d. Staats- und R. Geschichte. Bd. I. Abth. 2. §. 279.

oder Rohheit, ſelbſt über jene Elementargeſetze, geſchweige denn über deren Conſequenzen, ſich unverſöhnlich hadern, haſſen, verfolgen — ja zerfleiſchen, während doch deren einſtimmige Anerkennung, da ſie, bis zu einem gewiſſen Grad, unerläßliches Bedürfniß, und ſchlechthin, ebenſogewiß, die conditio sine qua non, alles zeitlichen Glückes iſt, das Ziel des raſtloſeſten Strebens ſeyn ſollte; unter ſolchen Umſtänden aber, ſage ich, muß jede Staatsgewalt es ſich zum angelegenſten Geſchäft machen, die Sätze des materiellen Rechtes, in möglichſter Vollſtändigkeit, durch ihre Sanction, zu formellem Recht, (wenn es nicht detaillirt geſchehen kann, wenigſtens doch den Hauptmaſſen nach (63)) auszuprägen: und zwar unter der Beſtimmung, daß das formelle Recht ſchlechthin als Regel, das materielle aber nur dann, und zwar als Ausnahme, gelten ſolle, wenn ſeine Dictate dem formellen Rechte nicht zuwiderlaufen, und doch auch noch nicht das Siegel der Poſitivgeſetz-Form (64) tragen.

Die umſtändlichere Unterſuchung, inwieweit unſer gemeines Civilrecht hiermit in Einklang ſtehe,

---

(63) Eine ſolche maſſenweiſe Sanction von Sätzen des materiellen Rechtes, iſt, zum Beiſpiele, das Geſetz: daß alle pacta nuda die Kraft einer römiſchen stipulatio haben ſollen; ſo wie auch die Norm: daß pacta turpia hiervon ausgenommen ſeyen.

(64) Das Vernunftgeſetz, welches den Nachdruck verbietet, iſt, z. B., nach altrömiſchem Rechte, durch das allgemeine Geſetz: naturâ aequum est, neminem, cum alterius detrimento, fieri locupletiorem: mit ſanctionirt (l. 14. D. de cond. indebiti.)

bleibt hier billig einem andern Platze (65) vorbehalten: denn soviel ist, auf jeden Fall, entschieden: daß unsere gemeine Civillegislation keineswegs ihre sämmtlichen Normen, das heißt, das gesammte formelle Civilrecht, als ein jus singulare betrachte: denn sonst könnte sie nicht, durch l. 12. und 13. D. de legibus, die extensive Interpretation positiver Gesetze, e ratione l., befehlen, und doch zugleich, an andern Orten (66), dieselbe Auslegung, bei singulären Rechtssätzen, verbieten.

Wenn es nun aber wahr ist, daß alle positiven Gesetze formelles Recht bilden, und, der Regel nach, alle positiven Gesetze, e ratione l., extensiv interpretirt werden dürfen und müssen; so kann die formell-rechtliche Natur der rechtskräftigen Sentenzen augenscheinlich nicht der wahre Grund von der strengen Auslegung derselben seyn: das heißt, Martin's Argument beweist zuviel; mithin gar nichts. Ausdehnungsweise Interpretirbarkeit und formelle Rechtlichkeit, sind sehr vereinbare Begriffe.

Allein worin liegt denn der Grund jener stricten Interpretation wirklich? Antwort: allem Anscheine nach, darin, daß die Rechtskraft, in der Regel (67),

---

(65) nämlich der oben angekündigten Kritik des römischen Rechts.

(66) Z. B. in l. 35. Cod. de inoff. test. (3. 28.) und l. 191. D. de regulis juris (50. 17.) vergl. mit Nr. 28. in VI. de regulis juris.

(67) Solche Fälle, wo gegen den Richterspruch keine Appellation offen steht, bilden eine Ausnahme.

als ein Product der Einwilligung der Parteien (68) angeſehen werden kann: indem es ja jeder Partei, welche damit unzufrieden iſt, binnen dem geſetzlich beſtimmten Termine, fret geſtanden wäre, durch ein Rechtsmittel, Hülfe dagegen zu ſuchen. Nun lehrt (69) und befolgt ja aber unſer gemeines Recht durchgängig das, ſehr richtige, Princip: daß diejenigen Anforderungsworte eines Anderen, worein Jemand conſentirt, im Zweifel, ſo zu interpretiren ſeyen, wie ſie dem Letzteren am wenigſten Abbruch thun. Da nun bei jedem rechtskräftigen Urtheil der Kläger wie der Beklagte, im Falle dieſes Jemandes iſt: (indem deſſen Worte von einem Dritten — dem Richter — (70) herrühren, und (71) gegenſeitig bewilligte Anforderungen ausſprechen (72)); ſo iſt ſchlechterdings, der Conſequenz nach, keine andere, als

---

(68) verſteht ſich: gleichviel, ob der ausdrücklichen, oder der fingirten. — Herr v. Gönner ſtellt ſie (Bd. I. S. 139. u. 140. ſeines Handbuchs) im Licht eines Verzichtes auf beſſere Vertheidigung — auf die Abhülfe durch Rechtsmittel — dar. Beides läuft auf Daſſelbe hinaus.

(69) S. l. 38. §. 18. D. de verb. obl. (45. 1.)

(70) welcher, gewiſſermaßen, im Namen der Parteien ſpricht.

(71) nach dem oben ad not. (67) Geſagten.

(72) Wenn, z. B., das Urtheil den Kläger A. mit ſeiner actio emti, welche er in Hinſicht eines Gemäldes von B., gegen dieſen, erhoben hatte: unter der Erklärung, daß der vorgebliche Kauf nicht erwieſen worden ſey: rechtskräftig, ab, und zur Ruhe verwieſen hat; ſo hat B. fortan die rechtliche Anforderung an A., daß dieſer ihn, mit allen ferneren Anſprüchen aus der fraglichen emtio venditio,

die stricte Auslegung desselben möglich. Sie ist die einzige, wodurch keinerlei Partei verkürzt oder begünstigt wird: die einzige, in deren Resultat die eine, wie die andere, mit Recht, scheinen kann, gewilligt zu haben.

LVI.

Ueber Martin's Theorie vom Ungehorsame.

(§. 118. u. 119.)

Hier stehen wir endlich einmal auf einem Felde, wo Martin Gelegenheit hatte, zu beweisen, wie man ihn, mit Unrecht, in einen Verdacht ziehe, welcher dem, nach pag. XVII der Vorreden, von ihm befürchteten (73), direct entgegengesetzt ist: daß er nämlich, per eminentiam, nur ein bloßer Praktiker (74) zu nennen

---

verschone; A. hat aber dagegen auch die Anforderung an B. zu machen: daß letzterer darum überall noch keine andere Befreitheit von seinen (des A.) Ansprüchen prätendire, als gerade die, welche aus eben dieser concreten emtio venditio ableitbar wären.

(73) „meine — — Ausübung der Rechtswissen-„schaft — —, welche mich (gleich meiner frühern Laufbahn,) „gegen die Einseitigkeit des Stubengelehrten und bloßen „Theoretikers hinreichend sicher stellt."

(74) Der Unterschied zwischen einem Proceß-Theoretiker und einem Proceß-Praktiker kann nicht darin bestehen, daß jener bloß den Sinn der P.-Gesetze, dieser aber zudem auch noch den Gang von deren Ausübung

ſey; und daß ihm daher, wenn es ſich um den politiſchen Werth von Civilproceß-Geſetzen frägt, allerdings ein Votum gebühre. Es galt nämlich der Widerlegung einer Meinung, welche von den Herren v. Gönner und v. Grolman vertheidigt wird, und der Aufſtellung einer Theorie, welche völlig ins Gebiet der Civilproceß-Metaphyſik gehört. Die Aufgabe war ebenſo intereſſant, wie der Preis ihrer Löſung anziehend ſeyn mußte; aber, meines Erachtens, hat Martin den Knoten mehr verdreht, als entwickelt.

1) Vor allen Dingen iſt es ein großes Verſehen, daß er die angedrohten Folgen des Unterlaſſens einer jeden ordnungsmäßigen civilproceſſualiſchen Thätigkeit, als Verbürgungsmittel von Terminbeobachtungen darſtellt (75). Iſt denn nicht auch das Decretiren des

---

kennt: denn ich getraue mir zu behaupten, daß eben ſo wenig eine Proceß-Theorie ohne Kenntniß a) dieſer Ausübung, als eine Kenntniß dieſer Ausübung ohne alle Proceß-Theorie, möglich ſey, und daß die wahrhafte Differenz zwiſchen dem P.-Theoretiker und dem P.-Praktiker vielmehr die ſey, daß Erſterer, vorzugsweiſe, auch in den Geiſt der P.-Geſetze eingeweiht iſt, Letzterer aber, vorzugsweiſe, auch mit der Manipulation von deren Ausübung, umzugehen verſteht.

(75) Durch ſeine Einleitungszeilen des §. 117. „Sollte „aber der Zweck aller Zeitbeſtimmung, für die Proceßhandlungen, vollſtändig erreicht werden, ſo mußte auch „der Erfolg der unterbliebenen gehörigen Thätigkeit, das Contumacialverfahren, genau beſtimmt „werden.“

---

a) Je umſichtiger und vollſtändiger aber die Legislation iſt, deſto erſchöpfender kann man dieſe Kennt-

Richters eine solche Thätigkeit? und wo steht geschrieben, daß auch diese überall (76) in bestimmten Terminen von Statten gehen müsse?

2) Fürs Zweite ist es unverantwortlich, daß er jedes Verfahren, wodurch die angedrohten Folgen jedes solchen Unterlassens realisirt werden sollen, mit dem Namen „Contumacialverfahren“ belegt. Unter contumacia versteht das altrömische, wie das canonische Recht, und die Reichsgesetze (77), nur einen Ungehorsam gegen richterliche Befehle. Nur sehr uneigentlich kann man daher dieses Wort auch auf das Nichtbefolgen eines monitorischen Decretes, und noch uneigentlicher auf das (dem Richter vielleicht sehr schmeichelhafte) Nichtbenutzen einer gesetzlichen Befugniß — namentlich des Interponirens einer Appellation — ausdehnen. Eine radicale Verwirrung der processualischen Kunstsprache, und mithin schlechterdings verwerflich (78),

---

niß aus den Gesetzbüchern selber erlernen. Wer, im Mittelalter, einen neuen Beichtspiegel las, erfuhr die Sünden seiner christlichen Diöcesangenossen, ohne seine Stube zu verlassen.

(76) In einzelnen Fällen kann ein oberrichterlicher Promotorialbefehl freilich, ausnahmsweise, dies verfügen.

(77) S. *Brissonius*: de verb. sign.: sub voce *contumax* et *contumacia*; *I. H. Böhmer*: jus eccl. protest. V. 5. 39. 61.; und Scheidemantels Repert. des Staats- und Lehnrechts: sub voce *contumacia*. (Bd. I. S. 621.)

(78) Wenn man, der System-Construction zu Liebe, neue Abstractionen anstellen muß, oder anstellen will, (wie Martin hier, um für seine „Commissiv-Handlungen“, des §. 81., ein Gegenstück herauszudrechseln, gethan hat,)

iſt es hingegen, ſogar alle pflichtwidrige Unthätigkeit des Richters ſelber, eine „contumacia“ (und daher jedes Verfahren, wodurch deren legale Folgen zu realiſiren ſtehen, „Contumacialverfahren“) zu nennen.

3) Drittens iſt es ein wahrhaft lächerliches Anſinnen des Verfaſſers, daß die Herren v. Gönner und v. Grolman ſupponiren ſollen, unſere Prozeßlegislation habe, bei Beſtimmung der Folgen einer Vernachläßigung von monitoriſchen Aufforderungen, nicht den

---

ſo muß man deren Reſultate nicht mit ſolchen Namen belegen, die, vermöge eines fixirten Sprachgebrauches, ſchon einen untergeordneten, ſpecielleren Begriff in dieſem Syſtem bezeichnen; und am allerwenigſten in einer poſitiven Wiſſenſchaft. Um, z. B., den Unſinn des Mercantilſyſtems, und den Fluch der Handelsbalancirungs-Manie, auf den höchſtmöglichen Grad zu treiben, dürfte nur vollends auch noch die Nationalökonomie den Begriff von Werth mit dem Worte Geld bezeichnen. Welcher Juriſt dürfte ſich unterſtehen, das mit dem Namen matrimonium zu belegen, was ein bloßer Concubinat iſt?

Wollte Martin neue Begriffe und neue Diſtinctionen in dieſe Wiſſenſchaft einführen; ſo gab es für ihn ſchon oben, im §. 92., eine ebenſo dringende, als ſchöne Gelegenheit dazu: — die er aber gänzlich unbenutzt gelaſſen hat. Ich meine nämlich, daß er zwiſchen ſolchen dilatoriſchen Einreden, die auf das Proceßrecht, und ſolchen, die auf das, per eminentiam, ſogenannte Privatrecht gegründet ſind, hätte unterſcheiden ſollen. (Ohnehin hat er, an dieſem Ort, auch die ſehr wichtige, von Hrn. v. Grolman, [§. 17. ſeines Lehrbuches] ſehr zweckmäßig ausgeſprochene Bemerkung unterlaſſen, daß die, aufs Proceßrecht fundirten, ſogenannten exceptiones dilatoriae zum Theil bloße Verneinungen ſeyen — wie z. B. die exceptio obscuri libelli, deficientis legitimationis ad processum etc. —; und nur zum Theile ſelbſtſtändige Behauptungen, wie z. B. die exceptio spolii, praevaricationis etc.!)

wahren, sondern den fingirten Verzicht, als Motiv, Rechtfertigungsprincip, und Leitstern, vor Augen gehabt (79): denn da diese Schriftsteller noch keinen Augenblick anders gelehrt haben, als daß die, von dieser Legislation, wirklich bestimmten Folgen jener Vernachläßigung, eben in einer Fiction des Verzichtes bestehen; so heißt Martin's Ansinnen nicht mehr und nicht weniger, als: diese Herren hätten, zur Erklärung der Fiction des Verzichtes, — einen fingirten Verzicht benutzen sollen: was ungefähr soviel heißt, als: Virgil hätte, als Musterbild epischer Dichtung, — die Aeneide benutzen müssen.

4) Viertens ist es eine unbegreifliche Uebereilung, oder eine Unredlichkeit, wenn er, durch die Worte: „allein diese Ansicht, (soll heißen: dieses Princip: scilicet: den Verzicht) sogar bey Darstellung der Folgen einer jeden imputabeln Nichtbeobachtung Dessen, „wozu Jemand, binnen bestimmter Zeit, — verpflichtet war (80), zum Grunde zu legen: dürfte den beste-

---

(79) Dies ist es, was man die *ratio legum* — den Geist der Gesetze — nennt: und ebendies bildet auch natürlich das beste „Erklärungs"-Princip — den Hauptschlüssel — derselben.

(80) Wahrscheinlich soll dies eine Paraphrase von dem Ausdruck: „Nichtbeobachtung eines arktatorischen Decretes, seyn". Alsdann ist sie aber, fürwahr, eine äußerst mißlungene Paraphrase zu nennen. — Gesetzt aber: wir faßten den Ausdruck unparaphrasirt auf; so geschähe den genannten Autoren, wenigstens dann immer noch Unrecht, wenn wir unter einem arktatorischen Decrete a) auch ein Vorladungsdecret an die Zeugen verstehen wollten.

a) Martin kann sich, gegen diese Subsumtion, nicht

„henden Geſetzen ebenſowenig angemeſſen ſeyn ꝛc.," zu verſtehen gibt: als ob die Herren v. Grolman und v. Gönner einen ſolchen himmelſchreienden Nonſens behauptet hätten. Die Zeugen begehen eine ſolche Nichtbeobachtung, wenn ſie in der, vom Richter, zu ihrer Beeidigung und Depoſition, angeſetzten Tagfarth, aus Eigenſinn, nicht erſcheinen; und der Richter läßt ſich eine derartige Nichtbeobachtung zu Schuld kommen, wenn er, aus Beſtochenheit, die Zeugen, in dieſem Termine zu beeidigen, und abzuhören, verweigert; — aber nimmermehr ſind die Folgen von jener oder von dieſer Nichtbeobachtung, durch die Feder dieſer, mit Recht, berühmten Proceß-Metaphyſiker, aus einem Verzichte deducirt worden. Vielmehr haben Dieſelben, auf die klarſte und bündigſte Weiſe, dieſer widerſinnigen Interpretation vorgebeugt (81).

5) Fünftens iſt die Definition von Ungehorſam, welche das Compendium ex professo aufſtellt, und welche wörtlich ſo lautet: „Ungehorſam iſt jede Haupt- oder „Nebenperſon, welcher, bei einem Hauptſtreit, eine Hand-

---

ſtreuben wollen: denn da er (im §. 103. Nr. 2.) alle ſimpeln, proceßleitenden, Decrete, und nicht bloß die, ſo an die Parteien gerichtet ſind, in arktoriſche und monitoriſche zerlegt; ſo muß, ihm nach, jede interlocutio mera, die nicht monitoriſch iſt, offenbar arktatoriſch ſeyn. Nun wird aber wohl Niemand eine Zeugen-Citation ein monitoriſches Decret nennen.

(81) H. v. Grolman auf Seite 198. der 4ten Aufl. ſeines Compendii; H. v. Gönner aber im §. 26. der Abhandl. XXI. ſeines Handbuches (1ter Aufl.).

„lung (82) obliegt, wenn sie diese Verpflichtung (83) „entweder gar nicht, oder doch nicht gehörig, erfüllt, und „ihr Solches zur Last gelegt werden kann“: in hohem Grade verwerflich: denn ihr gemäß wäre jeder Richter, der, aus Bestochenheit, ein ungerechtes Urtheil spricht,

---

(82) Auch hierbei werden wir, (durch die Note d des §. 117.) wieder an den merkwürdigen Unterschied zwischen Commissiv- und Omissiv-Handlungen erinnert, und belehrt, daß, im Text, beide gemeint seyen. Verstehen wir nun aber, unter Omissiv-Handlungen, wie von Rechts wegen, bloße Unterlassungen, und nennen wir, mit dem Compendio, Solche, die eine Pflicht der Unterlassung unerfüllt lassen, Ungehorsame (contumaces); so muß unfehlbar auch Der, welcher den Richter, bei Gelegenheit einer Urtheilspublication, einen Strohkopf nennt, mit dem Prädicat eines contumax belegt werden; und der Aermste wird, nach der Theorie des §. 118., dem darunter Leidenden, id est, dem Richter, so wie alle Ungehorsame, — den Kostenersatz prästiren müssen! —

(83) Da der Verfasser, wenige Zeilen zuvor, in seiner Rüge gegen die Herren v. Gönner und v. Grolman, das Wort Verpflichtung, zur unterscheidenden Bezeichnung derjenigen Schuldigkeit gemacht hat, welche eine nichtmonitorische Aufforderung uns auferlegt; so sollte man fast glauben, er wolle die Nichterfüllung monitorischer Decrete aus dem Gebiete seines Ungehorsams ausschließen. Dadurch würde aber, — um alles Andere zu verschweigen, — seine Ungehorsams-Theorie, verglichen mit der umfassenden Rubrik seines §. 117. a), offenbar schielend oder hinkend werden.

Wahrscheinlich beruht diese Monstrosität blos auf einem Nachläßigkeitsfehler, und der Verfasser will allerdings auch die Nichtbefolgung monitorischer Aufforderungen, als einen Ungehorsam angesehen wissen.

---

a) Sie lautet „Rechtsgrundsätze von unterlassener gehöriger Thätigkeit ꝛc.“

oder, aus Albernheit, eine unheilbare Nichtigkeit begeht, jeder Zeuge, der eine meineidige Ausſage vorbringt, und jeder Vormünder, der, aus Leichtſinn, unterläßt, mitten im Proceß-Lauf, einen Arreſt zu imploriren, ungehorſam — contumax — zu nennen.

6) Sechstens unterliegt ſein Ausdruck: „Wer un„gehorſam iſt, der verpflichtet ſich hierdurch dem darun„ter Leidenden, ſtets zum Koſtenerſatze;“ einem gedoppelten Tadel: welchen wir übrigens, weil er offenbar nur von einem Formalfehler rührt, bloß der Vollſtändigkeit und des Zuſammenhangs wegen, hervorheben. Einmal führt derſelbe nämlich auf den Irrwahn, als ob, unter jedem Ungehorſame, der Gegner wirklich leide. Dies iſt durchaus nicht wahr: denn wenn wir auch ſoweit gehen wollen, das bloße Genöthigtſeyn zu einer Ungehorſamsbeſchuldigung (welche doch der Gegner oft mit triumphirendem Herzen erhebt!) für ein Leiden gelten zu laſſen, ſo fällt ja, nach geſunder Theorie nicht minder, als nach der Praxis, ſelbſt dieſes zuweilen hinweg: indem namentlich der Zeugeneid, zu deſſen Mitanhörung der Producent (monitoriſch) (84) zu laden iſt, auch in deſſen Abweſenheit, ohne alle accusatio contumaciae des Producenten, abgenommen (85), und in Hinſicht der Eröffnung des Zeugenrotulus ein Gleiches

---

(84) Ich ſetze, wie man ſieht, hier, wohl nicht mit Unrecht, als wahr voraus, was ich in der Note 83. für wahrſcheinlich ausgegeben.

(85) Siehe Danz: Grundſ. des ordentl. Proceſſes. Ausg. IV. §. 304.

beobachtet wird (86): wo dann natürlich auch keine Rede von einem Kostenersatz an den Gegner, seyn kann. — Zweitens klingt jener Ausdruck darum widersinnig, weil gerade Der, welcher, nach Martin's eigener Theorie, unter dem Ungehorsame, in thesi, immer leidet — der Ungehorsame selber ist; der Mensch aber sich selber, zu keinem Kostenersatze, rechtlich verpflichtet seyn kann!

7) Siebentens gibt es in der weiten Welt nichts Flaueres, und vom Gepräge des philosophirenden Verstandes, Entblößteres, als Das, was Martin (im §. 118.) im Allgemeinen über die Folgen des Ungehorsames sagt.

Um wieviel werden wir denn dadurch klüger, daß man uns, auf die Frage: „was zieht der Ungehorsam für Consequenzen nach sich?" antwortet: „Nachtheile, (Strafen des Ungehorsams)?" Um keinen Deut. Denn so albern ist kein Holzhacker, und so unwissend ist kein A. B. C.-Schütze in der Jurisprudenz, daß ihm unbekannt wäre: wie jeder Gesetzgeber, um sich irgend einer Folgeleistung — eines Gehorsames — zu versichern, die Unterlassung dieser Folgeleistung — den Ungehorsam — mit Nachtheilen bedrohen müsse: so daß jeder Holzhacker und jeder neophyte Rechtsschüler, sobald er von einem gesetzlichen (87) Gebote hört, schon

---

(86) Wird doch letztere selbst dann vorgenommen, wenn beide Parteien ausgeblieben sind, und der Termin also eigentlich circumducirt ist! Siehe Danz: a. a. O. §. 391.

(87) Auch das richterliche Gebot (dasselbe genom-

ebenſogewiß a priori von der Exiſtenz eines legalen Nachtheils von deſſen Nichterfüllung, verſichert iſt, als er an des Geſetzgebers geſunden Menſchenverſtand glaubt.

Wollte uns Martin hier etwas Neues lehren; ſo mußte er uns angeben, welches Regulativ — welches conſtitutive Princip — die gemeindeutſche Civ. Proc. Geſetzgebung, bei Beſtimmung ebendieſer Nachtheile, oder Strafen, befolgt habe. Es hätte ihm dies um ſo mehr geziemt: da er ſoeben, im §. 117., wie wir oben (Nr 3.) ſahen, das von H. v. Gönner eruirte Princip der Nachtheils-Beſtimmung für den Parteien-Ungehorſam (88), in lauten Zweifel gezogen hatte (89).

Was thut nun aber Martin, ſtatt Deſſen? Er ſagt uns etwas von der Qualität jener Nachtheile vor. Und was? Das Seichteſte und Leichtfertigſte, ſo ſich nur denken läßt: daß nämlich dieſe Nachtheile „ſeltener öffentliche wahre Strafen, gewöhnlich hingegen Nachtheile „zum Beſten Desjenigen ſind, der durch den Ungehorſam

---

men, wie es ſeyn ſollte!) iſt ein geſetzliches: nämlich mittelbarer Weiſe.

(88) Ich ſage Parteien-Ungehorſam: denn ſonderbar genug hat Martin das Gönner'ſche Princip von dieſem, großentheils mit ſolchen Inſtanzen anfechten zu können gemeint, die von Illegalitäten Dritter hergeholt ſind! Man ſehe ſeine angeführte prolus. de indole contumaciae in caus. civil. content. Goetting. 1802.

(89) Freilich möchte es ihm ſchwer genug geworden ſeyn, ein durchgreifendes Princip für die Folgen alles Deſſen, was er contumacia zu nennen beliebt, aufzufinden! Wer hieß ihn aber auch, eine ſolches natur- und kunſtſprachwidriges Abstractum, wie dieſe ſeine contumacia iſt, deſtilliren?

„leidet.“ Zu geschweigen: daß diese Worte die allerconfusesten und perversesten Begriffe von Strafen und Straf-Recht ebenso voraussetzen, wie erzeugen (90); müssen wir hier unseren, schon oben, auf S. 185, dem Verfasser gemachten Vorwurf wiederholen, daß er, statt einer systematischen Classification der möglichen Fälle, diese Fälle, nude et crude, sammt und sonders, zusammenfaßt, und alsdann von einer äußerst vagen arithmetischen Majorität der sämmtlichen Fälle der ganzen Gattung, prädicirt (91), was er nur von der präcisen Totalität der Fälle von einer Art oder einzelnen Arten dieser Gattung, hätte prädiciren sollen.

8) Endlich hat sich der Verfasser auch darin wesentlich mißgriffen, und mit sich selber in Disharmonie gesetzt, daß er den Eintritt der legalen „Nachtheile“ seiner sogenannten contumacia von 4 Bedingungen abhängig erklärt, welche keineswegs sämmtlich von allen deren ein-

---

(90) Ist denn nur die öffentliche Strafe eine wahre Strafe? Kann nicht auch ein (z. B. pecuniärer) Nachtheil zum (Privat-) Besten Dessen, welcher unter dem Ungehorsame leidet, eine Strafe seyn: nämlich eine Privatstrafe? Und ist nicht selbst die Erduldung einer Criminalstrafe, ein Nachtheil, zum Besten Dessen, welcher beleidigt worden ist: nämlich der bürgerlichen Gesellschaft und ihrer Ordnung? —

(91) Durch die Worte „seltener,“ und „gewöhnlich“. Selbst den Reisebeschreiber, welcher uns von Deutschlands Dramaturgie berichten wollte: „Die Theaterstücke „dieses Landes haben seltener den Zweck des Belustigens; „gewöhnlich hingegen den des Erbauens:“ würden wir für äußerst frivol erklären müssen. Wie würden wir aber eine solche Phrase erst aus dem Mund eines Aesthetikers, oder auch nur eines Kunsthistorikers, aufnehmen?

zelnen Fällen gelten: namentlich nicht von der contumacia des Richters. Was will Martin ſich, z. B., unter dem Satze denken: kein Richter kann, wegen hartnäckiger Nichterfüllung ſeiner Amtspflicht, geſtraft werden, „wenn nicht auch die Inſinuation des Decrets aus den Acten erhellt“?—

Nachdem wir ſo das Gebäude dieſer Martin'ſchen Theorie in ſeiner Unſtichhaltigkeit zu zeigen verſucht; dürfte es uns wohl geziemen, wenn auch nicht gerade obliegen, ein anderes dagegen aufzuführen. Allein die Beengtheit unſeres Raumes und unſerer Zeit, legt uns, ungleich gebieteriſcher, die Pflicht auf, deshalb auf einige Andeutungen zu provociren, wozu ſich, im Anhangs-Verſuche zu dieſer Kritik, wohl Gelegenheit finden wird.

LVII.

Ueber die Natur der civilproceſſualiſchen Beweisgründe und Beweismittel. (§. 123.)

Bei der hier rubrizirten Materie, welche mir, trotz allen neueren Aufklärungsverſuchen (92), noch ebenſo

---

(92) Einen Hauptrang unter dieſen, verdient der, vom Compendio, angeführte, meines ſcharfſinnigen Collegen G.J.R. Gensler.

unter die dunkelsten, wie unter die intereſſanteſten, zu gehören ſcheint, muß ich mir, der Raumökonomie wegen, die Erlaubniß erbitten, ſtatt Martin's Lehrſätze und Anſichten κατὰ πόδα zu kritiſiren, der Theorie deſſelben, in Folle, meine eigene (93) gegenüberſtellen zu dürfen.

I. Unter einem civ.-proc. Beweisgrunde verſteht man das Moment, auf deſſen Eintritt die Ueberzeugung des Richters geſetzlich bedingt iſt.

II. Mit dem Worte Beweismittel dagegen, wird etwas Gedoppeltes bezeichnet.

a) Einmal nämlich bedeutet es das ſinnliche Medium, woran jenes Moment (der Beweisgrund) geknüpft iſt: z. B., unmittelbar die Ausſage von Bildhauern, und, mittelbar, die Perſonen dieſer Bildhauer ſelber.

b) Zweitens aber verſteht man darunter auch den Act, wodurch dem Richter ein Beweisgrund (— dieſer natürlich in ſein ſinnliches Medium, oder in eins ſeiner ſinnlichen Media, involvirt! —) zu Handen kömmt (94):

---

(93) Ihrer Geſammtheit nach, darf ich ſie, ſoviel mir irgend erinnerlich iſt, auch für neu ausgeben. Daß aber einzelne Beſtandtheile davon, ſich längſt bei Andern finden müſſen, verſteht ſich wohl ſchon a priori.

(94) Allerdings iſt, z. B., in dem Verlangen, daß der Beklagte gehörig litem conteſtire: ein ſolcher Act (eventualiter) enthalten: indem daſſelbe ja vielleicht ein gerichtliches Geſtändniß herbeiführt! Dies iſt es, was Gensler (auf pag. 42. vom Bd. I. ſeines Archivs) mit den Worten andeuten wollte, „welches Verlangen gewiſſermaßen auch die „Natur einer Beweisführung hat“: Worte, die, im Uebrigen,

und zwar, *per eminentiam*, mittelſt der Thätigkeit — ja wohl gar nur der vom Richter ausdrücklich veranlaßten Thätigkeit — der Parteien (95), zu Handen kömmt.

III. Bei genauerer Betrachtung laſſen ſich die legalen, civ. pr. Beweisgründe auf folgende Nummern reduciren.

1. Die unmittelbare ſinnliche Wahrnehmung von glaubwürdigen Perſonen. Solche Perſonen ſind nun aber

A. bei Dingen, deren Verhältniß ohne eine beſondere Kunſterfahrenheit appercipirbar iſt:

a) das Gericht: } bei Verhältniſſen, die noch gegenwärtig beſtehen.

b) andere nicht kunſterfahrene *personae publicae* (96): in Sachen ihres Amtes
c) 2 harmoniſch deponirende Zeugen } beſonders bei vergangenen Verhältniſſen.

B. Bey ſolchen Dingen aber, deren gehörigen Apperception eine eigene Kunſterfahrenheit erheiſcht: Kunſtverſtändige: ob dieſelben nun personae publicae (z. B. Münzwardeine) ſeyen; oder nicht (z. B. Leinenweber).

---

arger Mißdeutbarkeit unterliegen: da der beſtimmte Zweck dieſes Verlangens vielmehr gerade der iſt: allererſt auszumitteln, worin das Object des eigentlichen und directen Beweisführens beſtehen ſolle.

(95) Siehe den §. 239. der Ausg. IV. von Danzens ordentl. Proceſſe: verglichen mit Martin's §. 124.

(96) z. B. der Geiſtliche: in Beziehung auf den zu erweiſenden Act des Begräbniſſes.

Gensler (97) und Martin lassen die Zeugen-Aussage (das Zeugniß) den Beweis-Grund ausmachen; während sie doch, sammt den Personen der Zeugen, bloß das Beweis-Mittel ist: Letzterer (98) völlig im Mißklange mit sich selber: da er ja (ganz richtig!) die sinnliche Wahrnehmung des Gerichts, und nicht den Inhalt von dessen Wahrnahms-Protokoll, für einen Beweisgrund ausgibt! — Nicht darum glaube ich meinem Bekannten E., daß der R. mein Kind verwundet habe, weil sein unverdächtiger Mund es behauptet: — denn E. konnte diese Nachricht ja aus eines Lügners oder Narren Hand entlehnt haben! — sondern weil ein Mann von wachen und gesunden Augen, nämlich der E., die Verwundung selbst mit angesehen hat. Das Quid pro quo mag vielleicht daher rühren, daß die Gesetze hier, in der Regel (99), verlangen: daß die nämliche Person, durch deren Sinnenthätigkeit der Beweis-Grund zur Existenz gekommen ist, auch das Beweis-Mittel bilde: das heißt, daß, der Regel nach, kein testimonium de *auditu* zugelassen wird: dergestalt, daß, wenn die Zeugen-Aussage des Wahrnehmenden, das heißt, das einzige Beweismittel, cessirt, zugleich auch der ganze praktische

---

(97) a. a. Orte: pag. 41.

(98) Consequenter mit sich selbst ist Gensler: denn dieser sagt: nicht des Richters Wahrnehmung — das heißt, der Act seines Wahrnehmens —, sondern „was er mit seinen Sinnen auffaßt" — id est das Object seines Wahrnehmens, bildet einen Beweisgrund. A. a. O. pag. 35.

(99) Beym Beweise der praescriptio immemorialis tritt eine Ausnahme ein.

Werth des Auszuſagenden (des Acts ſeiner Wahrnehmung), das heißt, des Beweis-Grundes, für den Producenten, hinwegfällt.

2) Das ernſtliche Einräumen des zu beweiſenden Verhältniſſes, durch diejenige Partei (100), welcher dieſes Einräumen zum Nachtheile gereicht: das heißt, das Geſtehen der Gegenpartei Deſſen, welchem (zufolge der Proceßordnung) die Beweislaſt obliegt.

Dieſes Geſtehen kann ein ausdrückliches oder ein ſtillſchweigendes, ein wahrhaftes oder fingirtes, ein gerichtliches oder außergerichtliches, ſeyn.

Als Beweis-Mittel, in erſterer Bedeutung (ſ. oben II. a), iſt hier der Geſtehende ſelber, ſammt allen denen Gegenſtänden der Sinnenwelt: z. B. Planzeichnungen, gerichtlichen Ausſagen, proceſſualiſchem Ungehorſame, Briefen, Abſchlagszahlungen (1): zu betrachten, wodurch er ſein Geſtehen — ſey es nun nach den Interpretationsregeln der Geſetze, oder einer ſonſtigen ſtatthaften Hermeneutik — ausgedrückt hat.

Beweismittel in zweiter Bedeutung (ſ. oben II b) können hier, z. B., die Berufung auf die Protokolle eines früheren Proceſſes, die litis contestatio des gegenwärtigen Proceſſes, die Production von Zeugen, welche die confessio extrajudicialis angehört, eine accusatio contumaciae ꝛc., vorſtellen.

---

(100) oder Den, an deſſen Handlungen dieſe Partei inſofern gebunden iſt.

(1) Müſſen dieſe Zahlungen ſelber, erſt gerichtlich erhärtet werden; ſo ſind die Mittel, wodurch man ſie beweist, blos indirecte Beweismittel für die confessio.

3) Die dargelegte Fähigkeit oder Unfähigkeit, in Hinsicht (2) der Wahrheit oder Unwahrheit des zu beweisenden Verhältnisses, einen gerichtlichen Eid auszuschwören.

Da indessen dieser Ueberzeugungsgrund — selbst abgesehen von der Trüglichkeit alles menschlichen Wissens — seinen eigenen Ankergrund in der Religiosität der betreffenden Individuen hat: diese Religiosität aber ein sehr bezweifelbarer Gegenstand ist; so hat die Gesetzgebung die überzeugende Kraft von diesem Beweisgrund, an mehrere Bedingungen geknüpft.

A) Was das Beschwören-Können betrifft; so soll dieses

a) statt jedes andern Beweisgrundes, den Richter nur dann überzeugen können:

α) wenn der Schwörende dadurch nichts weiter, als seine Entferntheit von der Absicht des Schikanirens zu erhärten hat (juramentum calumniae);

β) wenn die, mit der Erhärtung einer Behauptung belastete, Gegenpartei des Schwörenden, diesen selber freiwillig aufgefordert hat, einen auf das Gegentheil dieser Behauptung gehenden Eid abzulegen (juramentum voluntarium);

γ) wenn die Gegenpartei, durch dolus oder culpa lata, es am Schwörenden verwirkt hat, daß man diesen,

---

(2) Da es auch, nach §. 213., Note i, ein juramentum *ignorantiae* gibt; so dürfen wir nicht sagen: „Fähigkeit ꝛc., die Wahrheit ꝛc. zu beschwören.“

zur eidlichen Selbſttaxation ſeines erlittenen Schadens zulaſſe (juramentum in litem);

δ) wenn die Gegenpartei nur einen unvollſtändigen Beweis der, von ihr zu erhärtenden, Behauptung, aus andern Beweisgründen, geführt hat (3), auch zum Ergänzungseide nicht zugelaſſen werden kann, und nun der Schwörende einen, auf das Gegentheil dieſer Behauptung gerichteten Eid leiſten muß (juramentum purgatorium).

b) In allen übrigen Fällen dagegen, hat das Beſchwören-Können nur dann Ueberzeugungskraft, wenn der Schwörende die Wahrheit der, von ihm, zu erhärtenden Behauptung, ſchon aus einem andern Beweisgrunde darzuthun verſucht, aber nicht mehr denn halb damit reuſſirt hat (juramentum suppletorium).

B. Das Nicht-Beſchwören-Können aber — gleichviel, ob es ausdrücklich erklärt, oder, ob obtumaciam, rechtlich fingirt werde — überzeugt, wenn es bei Dem eintritt, welchem ein gerichtlicher Eid rechtmäßigerweiſe zugemuthet worden iſt, den Richter von der Unwahrheit der, zu beſchwören geweſenen Behauptung

a) unbedingt: nur,

α) wenn die Freiheit von der Schikanir-Abſicht zu beſchwören war (Verweigerung eines Calumnien-Eides);

---

(3) Rühre dieſe Unvollſtändigkeit nun von der Mangelhaftigkeit ſeiner probatio her; oder von der (freilich gleichfalls noch mangelhaft gebliebenen!) reprobatio directa des Schwörenden.

β) oder wenn der verweigerte Eid ein zurückgeschobener war;

b) sonst aber bedingt: und zwar auf den Fall bedingt, daß der Schwurbelastete die Wahrheit der, von ihm eidlich zu betheuernden Behauptung, nicht durch einen sonstigen Beweisgrund erhärten gewollt oder gekonnt hat. Das heißt,

α) beim juramentum voluntarium oder delatum muß zuvor erst die, vom Delaten versuchte Gewissensvertretung, als mißlungen erscheinen;

β) und bei einem juramentum necessarium muß nicht nur die frühere Beweisfrist abgelaufen, sondern auch nicht (z. B., wegen neu aufgefundener Beweisgründe oder Beweismittel) eine nachträgliche Gewissensvertretung statthaft seyn.

Was die Beweis-Mittel zu diesem gedoppelten Beweis-Grunde betrifft, so sind diese

a) in Hinsicht von dem Momente des Beschwören-Könnens

α) nach dem ersteren Sinne des Wortes (siehe II. a) unmittelbar die Eidesworte (4) des Schwörenden,

---

(4) Wahrscheinlich interpretire ich Genslers Worte (p. 54. vom Bd. I. des Archivs) „so kann man metaphysisch richtig nie behaupten, der Eid sei „ein Beweismittel:" nicht falsch, wenn ich davon bemerke: daß sie dieser meiner Ansicht scheitelrecht widersprechen. Dieser Verfasser hegt die Ansicht, als sey nicht das Beschwören-Können, sondern vielmehr die eidlich erhärtete Thatsache selber, hier Beweisgrund. Dies hieße, nach meiner Theorie, soviel, als, z. B., sagen wollen: „Das Factum des Borgens ist auch der Beweisgrund des

und mittelbar alſo auch die Perſon des Schwörenden ſelber;

β) nach dem zweiten Sinne des Wortes (II. b) hingegen, reſpective die Eidesdelation der Gegenpartei, oder die Auferlegung oder Zulaſſung (5) des Eides, durch den Richter;

b) in Hinſicht von dem Momente des Nicht-Beſchwören-Könnens hingegen

α) nach jenem erſteren Wortſinne: das Benehmen des Schwörenden, (gleichviel, ob es nun in einer ausdrücklichen Eidesweigerung beſtehe, oder nicht,) woraus ſein Nicht-Beſchwören-Können erhellt;

β) nach unſerem zweiten Wortſinne aber, z. B.

„Borgens.“ — Gensler würde mir freilich, nach ſeinen Anſichten, hierauf entgegnen: „Mit nichten: Denn „nicht das Borgen ſelber: ſondern das, aus dem Borgen, „in concreto, entſprungene Rechtsverhältniß, iſt das „eigentliche Object der Beweisführung.“ Allein dagegen muß ich erwiedern: Fehlgeſchoſſen: denn das Object der civilproceſſualiſchen Beweisführung kann vernünftigerweiſe nur das ſeyn, was dem Richter zweifelhaft iſt: zweifelhaft iſt ihm aber niemals das Recht: er hat darüber ſelbſt in concreto ſtets hypothetiſche Gewißheit: das heißt: wenn nur erſt die Frage um die concreten Thatverhältniſſe, beantwortet iſt, verſteht ſich für ihn das beſtehende Rechtsverhältniß der Parteien ebenſogewiß von ſelbſt, als es ſich für den Phyſiker verſteht, daß ein Fall erfolgt ſei, wenn einem ſchweren Körper ſeine einzige Stütze entzogen worden iſt. Niemals wird dieſer daher jenen Fall, ſondern immer nur dieſes Stütz-Entziehen, bewieſen ſehen wollen können.

(5) Beim juramentum in litem iſt die richterliche Veranſtaltung des Beſchwörens, ein großes *beneficium* für den Schwörenden, und da will der Ausdruck: Eides-Auferlegung, nicht ganz paſſen.

die accusatio contumaciae, aus dem Munde der Gegenpartei.

4) Die Eigenschaft gegebener processualisch gewisser Verhältnisse, kraft deren ein Schluß, von ihnen aus, auf die Wahrheit der zu beweisenden Behauptung, statthaft ist. Dieser Beweisgrund besteht mithin in einer Concludirbarkeits-Prägnanz (6), die in gewissen Prämissen

---

(6) **Sit venia verbo!** Martin zerreißt diesen Beweisgrund in zweierlei Corpora: wovon er das eine, die rationelle Wahrnehmung des Gerichts, und das andere, gesetzliche Vorschrift (Rechtsvermuthung) nennt. Hiergegen bemerke ich:

1) Die rationelle Wahrnehmung des Richters ist ja eben seine Ueberzeugung selbst. Hier gilt es ja aber der Aufzählung von den verschiedenen Bedingungs-Objecten — von den einzelnen Gründen — dieser Ueberzeugung!

2) Die gesetzliche Vorschrift ist allerdings der Grund von allen civ. proc. Beweisgründen: denn ohne sie hätte keiner von diesen eine formelle Zwangs-Ueberzeugungskraft: die Sinnen-Wahrnehmung sowenig, wie das Beschwören-Können. Insofern gäbe es daher (in letzter Instanz) nur einen einzigen Beweisgrund. Forschen wir aber nach den einzelnen Momenten der Außenwelt welche, eben durch Gesetzesvorschrift, zur Potenz eines Beweisgrundes erhoben worden sind; so können diese nicht gleichfalls wieder nackte Gesetzesvorschriften seyn: denn da letztere nichts Anderes sind, als Normen für zu erweisende Thatverhältnisse; so hieße die Absicht, eine Gesetzesvorschrift zum Beweisgrund eines Thatverhältnisses zu machen: soviel, als, eine Regel zum Beweisgrunde von etwas zu Regulirendem — die Meßruthe zum Beweisgrunde eines Kornfeldes — machen wollen: Welches ein Nonsens ist. — Nicht der Satz: **pater est quem justae nuptiae demonstrant:** bildet den Beweisgrund der filiatio eines Kindes; sondern die, in der, zwischen dessen Mutter, und dem, seine Vaterschaft ableugnenden, Manne, in einem bestimmten Zeitmomente, bestandenen Ehe, liegende Eigen-

liegt. Die Geſetzgebung hat ſeine überzeugende Kraft, in thesi, durchaus ſanctionirt. Da aber: weil in hypothesi die Prämiſſen millionenfältig verſchieden und millionenfältig conbinirt erſcheinen, auch jene Prägnanz ihnen nicht an der Stirne geſchrieben ſteht: des Richters Willkühr, das heißt, ſeiner Schwer- oder Leichtgläubigkeit, ein allzugroßer Spielraum gelaſſen wäre, wenn nicht für diſen noch eine genauere Zwangs-Richtſchnur, in Betreff von Daſeyn und Natur dieſer Prägnanz, in concreto, beſtände; ſo hat die Legislation, in dieſer Hinſicht, olgende nähere Beſtimmungen gemacht.

A. Für einige Fälle ſanctionirt ſie unmittelbar ſelber dieſe Prägnanz (ſie erſchafft eine ſogenannte praesumtio juris): und zwar in verſchiedenerlei Art.

ſchaft, einen Schluß auf die Wahrheit dieſer Filiatio zu verſtatten. Durch jene Rechtsnorm wird blos dieſer Beweisgrund zum Beweisgrunde: gerade ſo, wie durch den Satz: daß durch die harmoniſche, über eine unmittelbare eigene Sinnawahrnehmung gemachte, Ausſage zweier tüchtigen Zeugen der Richter ſich perſuadiren laſſen müſſe: dieſe Sinnenwahnahme zu einem Beweisgrunde wird. Der Unterſchied zwiſchen beiderlei Beweisgründen iſt nur der: daß erſterer do Gepräge der Poſitiv-Legalität weit greller an ſich trgt, als dieſer.

3) Das endlich die Zerreißung dieſes Beweisgrundes in zweierlei verſchiedenartige Corpora, betrifft; ſo rührt ſie blos aber, daß unſerem Verfaſſer nicht einleuchten wollte, wieder ganze Unterſchied darin beſtehe, daß in einigen Fällen ie Geſetze jene „Prägnanz“ unmittelbar, in andern aber nr mittelbar, ſanctioniren. Deshalb aber aus dieſem einen Beweisgrund, ihrer zwei machen wollen: iſt fürwahr unendlich naturwidriger, als die Zuſammenſchmelzung 1) de ſinnlichen und der rationellen Wahrnehmung des Gerichs, und 2) der Zeugniſſe von eigentlichen Zeugen und von Sachverſtändigen: je zu einem einzelnen Beweisgrund: naturgemäß erſcheint.

a) Bisweilen erklärt sie dieselbe, ein für alle Male, für so stark, daß sie jeden, in concreto, etwa möglichen Beweis der Trüglichkeit ihrer conclusio, das heißt, jede reprobatio directa, verbietet: (sie erschafft eine sogenannte praesumtio juris et de jure).

b) In den übrigen Fällen aber befiehlt sie dem Richter, an die Bündigkeit und Untrüglichkeit ihrer Conclusio blos provisorisch zu glauben, bis er durch einen soliden Gegenbeweis eines Anderen vergewissert seyn werde: (sie erschafft eine sogenannte smple praesumtio juris).

B. Für alle sonstigen, und natürlich weitaus für die meisten Fälle, sanctionirt sie diese Prägnanz dagegen bloß mittelbar: dadurch, daß sie 1) die Organe bezeichnet, welche gleichsam an ihrer Statt, in concreto, die Existenz dieser Prägnanz, i. e. das Vorhandenseyn dieses Beweisgrundes, anerkennen und verkünden sollen, und 2) diesem Anerkenntnisse sich zu fügen, befiehlt: (sie statuirt praesumtiones hominis).

Diese Organe sind nun aber:

a) überall, wo zur Erkenntniß dieser Prägnanz eine besondere Kunsterfahrenheit gehört: Kunstverständige, Experten.

b) wo aber der gesunde Menschenverstand und eine alltägliche Erfahrenheit im Lebensverkehr, zu jener Erkenntniß hinreicht: der Richter selbst (7).

---

(7) Jeder Schüler muß die Verwerflichkeit dieser deutschen Einrichtung fühlen: denn die Potenz eines positivgesetzlichen Beweisgrundes besteht ja eben darin daß nicht nur die Parteien, sondern auch, und hauptsächlich, der

Dieſer Beweisgrund hat demnach das Eigene, daß ſein Involvirtſeyn in den reſpectiven Beweismitteln (dieſes Wort in der Bedeutung von II a genommen!) in concreto, genau genommen, immer erſt noch beſonders eruirt werden muß (8). Der Actus dieſes Eruirens, und die Mittel, ſo man dazu braucht (nämlich, eines Theils, z. B., die Berufung auf Kunſtverſtändige oder auf die — eine ſogenannte praesumtio juris begründende — Vorſchrift des Geſetzbuches; und anderntheils, z. B., der mündliche, zu Protokoll gegebene, Gutachtens-Ausſpruch dieſer Experten, ſammt ihrer körperlichen Perſon; und der Ausſpruch des Geſetzbuches, ſammt deſſen materiellem Volumen ꝛc.): ſind aber keineswegs, im ei-

---

Richter, den eigenen Glauben unter deſſen Reſultat gefangen geben — das heißt, ſich in deſſen Reſultat fügen müſſen, wie ſehr auch ihre ſubjective Ueberzeugung demſelben widerſtreiten mag. Hier aber wird etwas erſt, zum Beweisgrunde, durch die Intelligenz des nämlichen Richters, **in concreto**, geſtempelt, welcher ſich in dieſes Beweisgrundes Reſultat demnächſt fügen ſoll. Hier ſteht denn freilich wohl ſehr zu beſorgen: daß er nur Das ſtempeln werde, in deſſen Reſultat er ſich gerne fügt: oder mit anderen Worten: daß er ſeinen Glauben gemäß ſeinem Willen ausmodeln: **i. e.**, daß das Recht der Parteien zum Spielwerke ſeiner Willkühr ausſchlagen werde.

Nun denke man ſich erſt dieſes Inſtitut der politiſchen Unvorſichtigkeit oder Treuherzigkeit, im Criminalproceſſe florirend! *Difficile* **est, satyram non scribere.**

(8) Wenn z. B. ein außergerichtliches Geſtändniß in einem, mit Chiffern geſchriebenen Brief ausgeſprochen ſteht, ſo verhält ſich freilich, **in concreto**, der Act des Dechiffrirens von dieſem Briefe, zum Beweisgrunde des Geſtändniſſes, wie der Act des richterlichen Präſumirens aus gegebenen Prämiſſen, zu dieſem Beweisgrunde der Concludirbarkeits-Prägnanz.

gentlichen, und bisher von uns gebrauchten Sinne des Wortes, Beweismittel (9) zu nennen: sie bilden vielmehr bloß Beweisgrunds-Erhärtungsmittel.

Eigentliche Beweismittel, für diesen Beweisgrund, dagegen sind:

a) im Wortsinne von II. a: diejenigen Thatverhältnisse nebst ihren Verkörperungs-Instrumenten (10), woraus die fragliche Conclusio (Praesumtio) abzuleiten steht (11);

b) im Wortsinne von II. b aber: der Act, wodurch die eine Partei dem Richter diese Thatverhältnisse, nebst ihren Verkörperungs-Instrumenten, processualisch vorlegt.

---

(9) wofür noch jüngst auch Gensler sie erklärt hat: a. a. Orte: pag. 41.

(10) Z. B. die frische Blutbespritztheit des Stubenbodens: sammt dem Stubenboden und dem darauf ausgespritzten Blute.

(11) Die Mittel, wodurch diese Prämissen der Conclusio, selber erst bewiesen werden, sind indirecte Beweismittel für diesen Beweisgrund. Jene Blutbespritztheit, z. B., ist nicht mehr deutlich erkennbar: weil ein Aufwaschen des Bodens vorgenommen ward; allein aus den übriggebliebenen Spuren, kann, durch Kunstverständige, ein Schluß auf ihr gewesenes Daseyn, gezogen werden.

LVIII.

Wodurch unterscheiden sich die Bescheinigungen von den Beweisführungen? (§. 126.)

Wenn unser Compendium sagt: „betrachtet man das „Verfahren bei der Beweisführung, so zeigt sich der „Unterschied zwischen feierlicher Beweisführung, „und einer Bescheinigung — Demonstration"; so sollte mau allerdings auf die Vermuthung gerathen, als ob die sogenannte Beweisführung, von ber bloßen Bescheinigung, lediglich in Hinsicht der (verschiedenen) Procedur, differire. Dies ist nun aber offenbar unrichtig: indem unsere processualische Terminologie, unter Bescheinigung, nicht bloß

a) eine solche Beweisführung versteht, die zwar des Richters vollkommene Ueberzeugung zu erzielen trachtet: allein mit Umgehung von unwesentlichen Formalitäten (12);

(12) S. v. Gönners Erörterungen zu Danz: Nro. XLI.; Desselben Handbuch des d. gem. Processes. Ausg. II. Bd. IV. S. 41. ff., und v. Grolman's Theorie des civ. ger. Verfahrens: Ausg. IV. S. 391 ff.

b) sondern auch eine solche, die überall nicht auf des Richters vollkommene Ueberzeugung, sondern bloß auf Erzeugung eines geringeren Grades von dessen Glauben, losarbeitet (13):

dergestalt, daß der Unterschied zwischen Bescheinigung und Beweisführung, nur dann in der bloßen Procedurform besteht, wenn wir uns die erstere im Sinne von a) denken; während dieser Unterschied, wenn man den Begriff von Bescheinigung im Sinne von b) auffaßt, zugleich (14) und hauptsächlich auf der Materie und dem Zwecke des Probationsactes, roulirt.

---

(13) S. v. Gönners Erörter. l. c. S. 258.; und v. Grolman's Theorie: l. c. S. 392. Diese Bescheinigung verdient offenbar allein, oder wenigstens per eminentiam, den fraglichen Namen; während die erstere, zur Unterscheidung, wohl besser: die summarische Beweisführung, zu nennen wäre.

(14) Ich sage: zugleich: denn allerdings ist auch die, von uns, per eminentiam, sogenannte Bescheinigung, der Procedurform nach, eine summarische Probatio. Martin's Grundfehler liegt, meines Erachtens, hier darin, daß er zwei, der Materie und der Tendenz nach, so differente Acte, wie die, von uns sogenannte, Bescheinigung, und die eigentliche Beweisführung (gleichviel nun, ob die summarische oder die nicht-summarische), pêle mêle, mit dem nämlichen Worte: Beweisführung, zusammenfaßt: denn daraus entspringt ihm eine Beweisführung — die gar keine Beweisführung ist.

LIX.

Worin differirt die Executions-Instanz von der Vorbereitungs- und der Rechtsmittel-Instanz? (§. 128.)

Das Compendium lehrt uns hier: „Völlig von den „Handlungeu in den beiden (15) bisher genannten Ab„schnitten des Verfahrens, verschieden, sind die Bestand„theile der Executions-Instanz. In dieser hört die „gegenseitige Thätigkeit beider streitenden Thei„le, ganz auf, und das Gericht ist bloß beschäftigt, die „legale Anwendung der erlaubten Zwangsmittel zu lei„ten und selbst in das Werk zu richten ꝛc.«

Fast unmöglich ist es, von dem Wesen und der Procedurform der Executions-Instanz, eine falschere Ansicht zu geben, als diese. Hätte Martin seine vorliegende Exposition (was freilich unverantwortlich genug gewesen seyn würde!) mit der dritten Zeile geschlossen; so wäre uns doch die Möglichkeit übrig geblieben,

---

(15) nämlich dem sogenannten vorbereitenden Theil, und der Instanz der Rechtsmittel.

denen — alsdann freilich sehr räthselhaften — Worten eine solche Deutung zu geben, die mit der Wahrheit bestehen könnte: das heißt, wir hätten alsdann die hier behauptete „völlige Verschiedenheit der Handlungen", nicht in der Form, sondern in der Tendenz dieser Handlungen, gesucht. So aber, wo uns sein Nachsatz „in dieser hört die gegenseitige Thätigkeit „beider streitenden Theile ganz auf ꝛc.", auf das Bestimmteste sagt, daß er jene Verschiedenheit wirklich in der Form suche; finden wir uns, durch seine Angabe, nicht nur mit der Wahrheit, sondern (natürlich) (16) auch mit des Verfassers eigenen Lehrsätzen (17), in grellen Widerspruch versetzt.

Einmal nämlich ist doch wohl folgende gegenseitige Thätigkeit der Parteien, wo der Sieger A, (nachdem die 14tägige Frist, binnen welcher B ihm, urtheilsmäßig, ein Legat von 1000 Ducaten auszuzahlen hatte, verstrichen ist,) den Richter bittet, die Realexecution über B zu verhängen, und hierauf B, nach vorangegangenem Bedrohungsdecrete, dagegen die Zahlung wirklich, in des Richters Hand, leistet: diese Thätigkeit des Bittens von A und des entsprechenden Zahlens von B, eine gegenseitige Parteienthätigkeit von vollkommener Analogie mit derjenigen, wo A dem B, durch die Mittelshand des Richters, einen

---

(16) denn wenn des Verfassers Theorie in den Details ebenso wurmstichig wäre, wie in den Gesammt-Ueberblicken; so hätte es sich nimmermehr der Mühe verlohnt, ihr Material in einem eigenen Buche zu kritisiren.

(17) Siehe unten §. 250 — 262. des Compendii.

Eid deferirt, und dieſer nun, in der dazu, vom Richter, angeſetzten Tagfarth, den Eid, an des Richters Stirne hin, wirklich ausſchwört. Was dort das Contumacialrufen, iſt hier die Eidesdelation; jenem Acte des Zahlens, entſpricht hier der Act des Schwörens; und ſtatt daß dort der Richter das Geld abnimmt, nimmt er hier den Eid ab.

Zweitens kömmt ja, in der Executions-Inſtanz, ſogar auch eine ſolche gegenſeitige Parteienthätigkeit vor, für welche wir oben (Seite 191), zur Auszeichnung, den Titel des (eigentlichen) Rechtsgeſtreites vorgeſchlagen haben; und, in deren Gefolge, natürlich auch eine Probations-Thätigkeit (18). Wodurch wollte wohl Martin das Verfahren (die „Handlungen"), welches ſich mit der, z. B., durch die replica renunciationis oder doli zu elidirenden — exceptio beneficii competentiae, oder mit der exceptio solutionis, mitten im Gebiete der Executions-Inſtanz, eröffnet: die betreffenden Beweis- und Gegenbeweisführungen eingerechnet: wodurch, frage ich, wollte oder könnte er wohl dieſes Verfahren, ſeiner Form nach, von derjenigen Procedur unterſcheiden, welche das Haupt-Corpus von ſeiner ſogenannten vorbereitenden Inſtanz ausmacht?

Meiner Ueberzeugung nach, läßt ſich der eigenthümliche Charakter einer jeden einzelnen, von denen, hier in Frage ſtehenden, drei Civil-Proceß-Inſtanzen, bloß von ihrer verſchiedenen Zweckbeſtimmung hernehmen; und da geht denn das Reſultat wohl auf Folgendes:

---

(18) Siehe unten Martin's §. 258.

a) Die vorbereitende Instanz hat die Tendenz, ein richterliches Erkenntniß über ein concretes, in Frage stehendes, Rechtsverhältniß der Parteien, auszuwirken (19). (Man könnte sie daher vielleicht, nicht unschicklich, die Declarations-Instanz nennen.)

b) Die Executions-Instanz hat den Zweck, jenes richterliche Erkenntniß, den Normen des Rechtes gemäß, zur Vollstreckung (Realisirung) zu bringen (20).

c) Die Rechtsmittel-Instanz hat die Tendenz, einen richterlichen Ausspruch darüber auszuwirken, ob und inwiefern, in den beiden vorhergenannten Instanzen, der Richter, zum Schaden einer Partei, die Normen des Rechts verfehlt (21) habe: und zwar einen Aus-

---

(19) Martin charakterisirt sie, oben in seinem §. 119., so: „sie besteht aus Handlungen, welche die, von Seiten des Staats zu erlangende Anerkennung des einzelnen strei„tigen Rechts betreffen. — Hätte er statt „betreffen", gesagt „beziele n"; so hätten wir wenigstens von dieser Seite an seiner Definition nichts zu tadeln gefunden! Indessen ist dies offenbar nur ein Formalfehler.

(20) Martin sagt, im angef. §. 119., „sie besteht „in Handlungen der Vollstreckung der Zwangsmittel:" womit er, in anderen Worten, beinahe denselben Materialfehler begeht, dessen Rüge dieser LIXte Entwurf beabsichtigt.

(21) „manqué les normes du droit:" würde ich dies in französischer Sprache ausdrücken müssen. Hätte ich den Ausdruck: „verletzt", gebraucht; so würde ich billig haben hinzusetzen müssen: „es sei nun mit oder ohne Schuld": indem ja auch ein, auf lauter nova gegründetes Restitutions-Gesuch, zu den Rechtsmitteln gezählt wird a).

---

a) Man vergl. v. Gönner's Handbuch, Bd. III. Abh. LXIV., besonders pag. 511 — 13.

ſpruch zum Präjudiz für die Gegenpartei, in dem concreten Proceſſe (22).

Das Wort: verfehlen, iſt unbeſtimmter, und darum hier beſſer.

(22) Martin's Charakteriſtik (in deſſen cit. §. 119. befindlich, und ſo lautend: „ſie hat die Richtung, die Ver„fügungen und das Benehmen des, in einem einzelnen Rechts„ſtreite verfügenden Gerichts, zum Beſten derjenigen „Partei, nochmals zu prüfen, die ſich dadurch gekränkt, „[leſe: für gekränkt] gehörig erklärt") leidet, ohngeachtet ſie, richtigerweiſe, von der Zweckbeſtimmung hergenommen iſt, an einem dreifachen Gebrechen.

1) Erſtens iſt es nicht die Prüfung, ſondern vielmehr das Reſultat dieſer richterlichen Prüfung, was der Legislation und der beſchwerdeführenden Partei, bei Inſtitution oder reſpective Benutzung der Rechtsmittel-Inſtanz, als Zweck, vorſchwebt; ſo gewiß, als die Tendenz der vorbereitenden Inſtanz, nicht im Rechtsgeſtreite und in den Beweisverhandlungen, ſondern in dem Rechtserkenntniſſe beſteht, welches deren Endreſultat bildet.

2) Zweitens wird ſeine Definition durch den Zuſatz: „zum Beſten derjenigen Partei, welche ſich für gekränkt erklärt," zu lax: denn ſie wird dadurch, vollkommen, auch auf die Syndikatsklage a) paſſend, welche doch notorisch kein Rechtsmittel iſt: indem auch dieſe einen Vortrag über der lädirten Partei Gekränktheit (welche den Richter zum Urheber hatte) enthält, und eine richterliche Prüfung von des kränkenden Richters Verfügungen in einem einzelnen Rechtsſtreite, zum Beſten der gekränkten Partei, unmittelbar bezweckt. Offenbar hätte Martin, ſtatt Deſſen, dieſelbe nähere Beſtimmung einſchalten ſollen, welche wir, im Texte, durch die Worte: „uud zwar einen Ausſpruch zum „Präjudize für die Gegenpartei in dem concreten Proceſſe", ausgedrückt haben!

3) Drittens iſt die Beſtimmung, daß es in der Inſtanz der Rechtsmittel, auf eine nochmalige Prüfung von

---

a) S. Thomasii dissertat. acad. Bd. III. Nr. 105.

Benehmen und Verfügungen des lädirenden Richters abgesehen sey: in zweifacher Hinsicht tadelhaft;

α) einmal nämlich ist sie zu generell und zu lax: indem auch jede exceptio ob- vel subreptionis gegen ein unclausulirtes Mandat, und jede Rechtsvertheidigung Dessen, wider welchen eine, vom Gegner veranlaßte, Ordination ergangen ist, eine Prüfung einer concreten richterlichen Verfügung (und zwar, freilich, durch des verfügenden Richters eigenen Verstand!) bezweckt. Diese Vorträge gehören nun aber doch wahrlich nicht zur Rechtsmittel-Instanz a)!

β) Zweitens ist sie zu speciell und eng: indem, z. B., das Rechtsmittel der Appellation gegen ein Urtheil des Gerichts erster Instanz, nicht zu einer nochmaligen richterlichen Prüfung der Verfügung dieses Gerichts, sondern geradezu bloß zu einer ersten solchen Prüfung dieser Verfügung, führt. Etwas Anderes ist es freilich bei dem Rechtsmittel der Oberappellation wider dieses Urtheil! Was aber insofern von dieser letzteren gilt, ist keineswegs von allen Rechtsmitteln zu behaupten!

---

a) Wollte mir Martin, zur Vergeltung dieser Correctur, die Instanz vorhalten: „Der Ausspruch, wo„durch der Richter, hinter einer exceptio obrep„tionis her, sein eigenes mandatum sine clausula, „zurücknimmt, gehört ebensowenig zur Rechtsmittel„Instanz, und trägt doch alle Merkmale Deines an„geblichen Resultates von dieser Instanz: s. oben „Lit. c.!"; so würde ich ihm entgegnen: diese Instanz kann und muß (denn der bizarre Formelzuschnitt unseres Processes zwingt uns dazu!) durch die Bemerkung elidirt werden, daß das, unter derselben Lit. c., bezeichnete „Verfehlen der Normen des Rechtes" nicht insofern, als es sich noch durch eine simple Einrede oder Gegenvorstellung repariren läßt, (trotz aller kategorischen Form) ein bloß hypothetisches — projektirtes — seyn darf.

Erstes Verfahren im ordentl. Processe.

LX.

Ueber die Anführung des entfernten Klaggrundes, im Klaglibelle. (§. 134.)

Fast lächerlich nimmt sich, bei genauerer Beleuchtung, der Satz unseres Lehrbuches aus: daß die Angabe des fundamentum agendi remotum, im Klaglibelle, nie ganz vergessen seyn dürfe; jedoch, in der Regel (23), schon ein bloßes versteckt es Anführen desselben genüge. Ich dürfte demnach meinen Klaglibell, ohne Furcht, ihn, zur Verbesserung, zurückzuerhalten, nimmermehr so fassen:

„X. hat mir unter dem 10. Jenner 1820 einen „Centner Kaffee, um 80 Gulden, abgekauft, und „denselben, contractmäßig, sogleich am folgenden „Tage, zu bezahlen, übernommen. Da er mir „nun aber diese Zahlung, einer wiederholten „Mahnung ungeachtet, bisher vorenthalten hat;

(23) Denn z. B. Privilegien bilden eine Ausnahme.

„so bin ich gezwungen, diesen Gerichtshof zu „bitten ꝛc.“

Wohl aber würde ich eine formgerechte und untadelhafte Klage einreichen, wenn ich zwischen die Worte „bisher“ und „vorenthalten“, der voranstehenden nämlichen Klagformel, das Adverbium gesetzwidrig, oder widerrechtlich, einschaltete: denn hierin läge alsdann ein Hindeuten auf die Legalsanction, wodurch die fragliche Kaufvertragsverbindlichkeit zu einer einklagbaren Zwangsverbindlichkeit gestempelt ist: also ein verstecktes Anführen des entfernten Klaggrundes!

Daß der, mehr denn kleinliche Pedantismus (24), welcher sich in dieser Forderung des versteckten Klaggrund-Anführens ausspricht, mit Martin's eigenen Lehrsätzen vom officium suppletorium des Richters (25), (kraft dessen es letzterem zusteht, „die in der Rechtsausführung „mangelhaften Vorträge des Advokaten, aus gemeinem „Rechte, zu ergänzen“, und „sich in eine positive Ac„tivität zu versetzen, sobald es bloß darauf ankömmt,

---

(24) Was würde man von dem Porträt-Mahler Isabey denken, wenn er auf die Anrede eines Bräutigams: „Da ich entschlossen bin, an ein würdiges Porträt meiner „Geliebten, 1000 Franken zu wenden; so wollte ich Sie bit„ten, diesem Werke sich gütigst zu unterziehen“: sofort wieder die Thüre öffnete: ungehalten darüber, daß man ihm nicht wenigstens versteckt zu verstehen gegeben, daß er von dem Porträtir-Geschäfte Profession mache: das heißt, daß man nicht noch, zwischen die Worte, „wollte ich“ und „Sie bitten“, die Phrase eingeschaltet: „herbeizogen durch den Ruf ihrer Werkstätte“?

(25) S. oben seinen §. 61., Note k, und f. §. 71., Note n.

„actenmäßige Thatsachen zu beurtheilen“,) im Widerspruch (26) liege: bedarf keiner weiteren Demonstration. Die Hauptfrage kann daher nur seyn; hat sich die Gesetzgebung etwa diesen Pedantismus zu Schuld kommen lassen? Martin bejaht dies: mit Berufung auf das cap. fin. X. de libelli oblat. (2. 3). Was steht aber in dieser Stelle? Nichts mehr und nichts weniger, als daß B nicht verpflichtet sey, auf einen Klaglibell des A, zu antworten, worin dieser bloß auf Bezahlung „der bestimmten Geldsumme“ dringt, „welche B ihm schuldig sey“, ohne anzuzeigen, ob diese angebliche Geldschuld aus einem depositum, aus einem Vermächtniß, aus einer negotiorum gestio, oder einer donatio ꝛc. rühre. Dies heißt nun aber doch, nach der Kunstsprache, wahrlich nicht: dieser Klaglibell ist verwerflich, weil es ihm an der Angabe des fundamentum agendi *remotum* fehlt; sondern vielmehr: weil es ihm an der Bezeichnung des fundamentum agendi *proximum* gebricht (27).

---

(26) Wiewohl freilich, zum Theil, mehr mit dem Inhalte dieser Lehrsätze, als mit ihrem (irreführenden) Ausdrucke. In dem Prädicate „mangelhaft“ könnte man etwa eine Rüge von dem fehlenden „versteckten Klaggrund-Anführen“ finden!

(27) Nicht mehr und nicht weniger drückt auch Mevius, in einer generellen Formel, aus: wenn er, in Buch VIII, D. 88., Nr. 3. seiner Decisionen, sagt: libellus non est ineptus, ex quo causa petendi, cum petitione, colligi potest. Seine Meinung geht gerade auf das Gegentheil Dessen, was Martin, durch ihre Autorität, erhärten will.

LXI.

Forderte das ehemalige Recht gar keine Angabe eines fundamentum agendi intermedium, im Klaglibelle? (§. 134.)

Ist es wahr, was unser Compendium im §. 85. sagt: „daß der eigene, von dem zu verfolgenden Recht, an „sich, ganz getrennt, bestehende Erwerbsgrund „dieses Rechts, auf welchem (scilicet Erwerbsgrunde,) „die, vom Kläger ersichtlich zu machende, Anwendbarkeit „des fundamentum agendi remotum, auf seine (des „Klägers) Person, beruht“: dasjenige vorstellt, was die Proceßterminologie fundamentum agendi intermedium nennt; und ist es ferner wahr, daß die Cession, kraft welcher, und kraft welcher allein, eine Pachtschillingsforderung des A gegen den B, an den nunmehrigen Kläger Y gekommen ist, ein solches fundamentum agendi intermedium (in Beziehung auf die fragliche Klage des Y contra B) bildet; so ist es eine handgreifliche Unwahrheit, wenn uns Martin lehrt, daß das ehemalige Recht, dem Y, die Angabe des Cessionsactes, also des fundam. a. intermedium, nicht zur

Pflicht gemacht, sondern bloß als Cautel empfohlen habe. Dieser Cessions-Act bildet nämlich zugleich das Object von des Y (activer) legitimatio ad causam (28); und die Angabe (29) dieses Objectes hätte fürwahr, im alten Rom sogut, wie im heutigen Deutschland, ebenso gewiß niemals fehlen dürfen, als ein Klagevortrag, welcher, in summa, so lautet:

„da der B dem A einen Pachtschilling von 1000 „Gulden schuldig ist, ohne, auf gütlichem Wege, „zur Zahlung bewegbar zu seyn; so bitte ich, den „B gerichtlich anzuhalten, daß er dieses Geld an „mich, den Y, zahle:“

unter allen Völkern und zu allen Zeiten, als ein unvollständiger und ungereimter Klagevortrag erscheinen muß.

LXII.

Ueber den Begriff von Klaggrund, und die logische Anordnung der drei Hauptbestandtheile eines Klaglibells (§. 134. 135. u. 138.)

I. Der erste Blick der Vergleichung, welchen man auf die §§. 85., 134., 135. und 138. des Compendii wirft, lehrt unausbleiblich, daß Martin das Wort

---

(28) S. Gensler's Handbuch über Martin's Lehrb. Jena, 1814. S. 115.

(29) welche ja, auf Verlangen, sogar noch obendrein gleich bescheinigt werden muß.

Klaggrund, in einer zweifachen Bedeutung, nämlich in einer weiteren und in einer engeren, gebrauche, und daß aus dieser Unbeständigkeit seiner Terminologie, (welche freilich nur ein Formalfehler ist!) eine verderbliche Begriffsverwirrung, beim Schüler, entstehen müsse. Im §. 85. heißt ihm nämlich Alles: Klaggrund, „was „die Ursache der Befugniß bildet, Dasjenige gerichtlich „zu fordern, was die Klage bezweckt“; und es wird daselbst bemerkt (30), daß nur ein Theil dieses Klaggrundes (nämlich der sogenannte entfernte Klaggrund) aus Rechtsnormen bestehe: der Ueberrest desselben hingegen (nämlich der sogenannte mittelbare und nächste Klaggrund) aus factischen Verhältnissen. Demnach ist mithin in der Geschichtserzählung einer Klagschrift, nothwendig ein Theil des Klaggrundes (dieses Wort im weiteren Sinne genommen!) involvirt: denn was sollte wohl diese Geschichtserzählung anders enthalten, als eben die Darlegung jener factischen Verhältnisse? — Dennoch wird im §. 138. zwischen der Geschichtserzählung und dem Vortrage des Klaggrundes, unterschieden: indem wir nämlich die Anweisung erhalten, jene an die Spitze des Libells zu stellen, und diesen erst hinterher folgen zu lassen. Soll diese Anweisung mithin nicht Widerspruch und Nonsens seyn; so muß nothwendig, in der letzteren Stelle, das Wort Klaggrund, in einem, uns noch unbekannten, engeren Sinne genommen seyn, wo es, per eminentiam, bloß den Inbegriff der

---

(30) freilich unverständlich genug!

einschlagenden Rechtsnormen bezeichnet: das heißt, soviel als, entfernter Klaggrund, bedeutet.

II. Bei einem zweiten Blick auf die genannten §§. aber, überzeugen wir uns noch obendrein, daß Martin weder mit den Ausdrücken: nächster und mittelbarer Klaggrund, irgend adäquate und präcise Begriffe verbinde, noch mit dem verschiedenen Charakter der beiderlei Prämissen des Klagpetitums gehörig vertraut sey: Welches allerdings ein ziemlich arger Materialfehler ist.

Im §. 135. sagt er: den Untersatz in dem logischen Material eines Klaglibells, bilde die Geschichtserzählung; nachdem er einen Moment zuvor erst, (am Schlusse des §. 134.) uns gelehrt hat: daß die Angabe des mittelbaren Klagfundamentes ein wesentlicher Bestandtheil von dessen Vordersatz sey. Die Geschichtserzählung und die Angabe des mittelbaren Klagfundamentes, sind mithin, in unseres Verfassers Augen, zwei verschiedene Dinge! — Wenn ich demnach, z. B., gegen den B, die rei vindicatio, auf ein Grundstück, anstelle, und dem Richter deßwegen vortrage:

a) daß dieses Grundstück seit 4 Jahren mein volles Eigenthum sey;

b) daß es durch gewaltsame Anschwemmung (vis fluminis), und darauf gefolgtes Cohäriren mit meinem vormaligen Acker-Eigenthume, zu meinem Eigenthumsstücke geworden sey;

c) und daß B sich des Besitzes von diesem Grundstücke, vor 2 Jahren, ohne alles Recht, bemächtigt habe,

auch, in der gegenwärtigen Stunde noch, in diesem Besitze sich befinde:

so sind, nach Martin's Theorie, von diesen dreien Gliedern meines Vortrages, zwar das oberste und unterste (a u. c) Geschichtserzählung: denn sie sprechen mein fundamentum agendi *proximum* aus; keineswegs aber das mittlere (b): denn — es erzählt ja bloß mein fund agendi *intermedium*!

Hier hätten wir mithin, nach Martin's Angabe, eine Erzählung Z, die nicht zur Erzählung X, Y gehört; sondern vielmehr zum Vortrage der Rechtsnormen. Welcher Rechtsnormen aber? Antwort: eben derer, unter (31) welche das Gesammtobject der Erzählung X, Y, Z, subsumirt werden soll: damit eine bündige Conclusion auf den Schlußsatz — nämlich auf das Klagpetitum — herauskomme. Wir hätten also hier ein Object, das unter sich selbst zu subsumiren wäre! — — *Vox faucibus haeret* (32). —

---

(31) Die daher, zusammengenommen, von unseren Proceß-Metaphysikern, den Namen des Obersatzes, erhielten.

(32) Vergl. die XXXIIte Abhand. vom Bd. II. des v. Gönner'schen Handbuches: besonders §. 4. princ.; und v. Grolman's Lehrb. 4ter Ausg. p. 260.

LXIII.

Etwas über Zweck und Form der litis contestatio, und über den Begriff von status controversiae (§. 144.).

I. Wer es unternehmen wollte, aus den zwei oder drei Hauptstellen, worin Martin sich des Kunstausdruckes: „Streitfrage“ bedient (33), den Begriff zu abstrahiren, welchen er mit demselben verbindet, hätte keine geringere Arbeit, als Der, welcher aus den tausendfältigen Formen der Fetische in Afrika, ein, für alle Fetisch-Anbeter, gemeinschaftlich geltendes Urbild der Gottheit, hervorzuziehen strebte: das heißt, er würde niemals zu Rande kommen. Ein Glück ist es daher, daß der Verfasser uns selber, in der Note x seines §. 120., durch eine Verweisung auf die allgemeine preußische Gerichtsordnung, den Wink gegeben hat, wo wir, über jenen, seinen Begriff, den so sehr vermißten Aufschluß

(33) nämlich in den §. 120., 122. u. 144.

zu suchen haben. Hieraus ergibt sich nun, daß Martin's Wort: Streitfrage, eine Uebersetzung des Kunstausdruckes: *status controversiae* vorstellen soll; unter status controversiae aber versteht die allgemeine preußische Gerichtsordnung den Inbegriff (34) aller derjenigen factischen fundamenta agendi und excipiendi (35), welche die Parteien, respective, sich gegenseitig abgeleugnet haben, und worüber mithin der Richter demnächst den Beweis aufnehmen muß.

Hält man nun aber den, so aufgefundenen, Begriff von Streitfrage, mit Dem zusammen, was Martin in §. 120. und 144. davon prädicirt; so ergibt sich, für das Auge der oberflächlichsten Materialkritik, daß er in beiden §§. Irrthümer lehre.

A. Am ersteren Orte sagt er uns: „Soll das bestrittene Recht für einen einzelnen Fall vom Staate „anerkannt werden; so muß der Richter ihn (scilicet „den Fall) mit dem Gesetze vergleichen. Zu diesem Ende „aber ist demselben die Kenntniß der Streitfrage,

---

(34) Hierin liegt der Grund, weßhalb ich die von Martin gewählte Uebersetzung, für eine verwerfliche halte. Unter Streitfrage denkt man sich immer nur die Beantwortungs-Aufgabe eines individuellen Satzes. Unter St. c. aber, kann ein ganzes Convolut von solchen Sätzen begriffen seyn. — Da das Wort Status in Deutschland adoptirt ist; so hätte man jenen Kunstausdruck mit „Streit-Status" verdeutschen können. Wollten indessen unsere Puristen hiergegen widerbellen; so wäre wohl „Streitverhältniß" oder „Streitbestand" noch die entsprechendste Dollmetschung.

(35) Letzteres Wort in seiner weiteren Bedeutung genommen: wornach es auch die wahren Repliken, Dupliken ꝛc. befaßt!

»und dann gehörige Ueberzeugung von der Wahr»heit oder Unwahrheit der dabei in Betracht kommenden »Thatsachen nöthig: ehe er entscheiden kann.« — Hiergegen kömmt in Betracht:

a) einmal, daß es eine Legion von Processen gibt, wobei überall gar keine Streitfrage, (dieses Wort in der soeben ausgemittelten Bedeutung genommen), entsteht: und zwar nicht bloß alle solche Processe, wo der Beklagte des Klägers factischen Klaggrund unumwunden eingesteht, und gar keine Exceptionen vorschützt (36), sondern auch solche, wo der Beklagte, hinter einem solchen Eingeständnisse, wirklich Einreden opponirt (z. B. die exceptio restitutionis in integrum), deren factisches Fundament, vom Kläger, auch, in der That, gleichfalls eingestanden wird: jedoch mit dem angehängten Zweifel, ob daraus, gesetzlich, eine Befreiung von seinem Klagrecht resultiren könne: dergestalt, daß sich der ganze Handel um eine Rechtsfrage dreht. In allen diesen tausend und aber tausend Fällen, könnte der Richter, wenn es strenge nach Martin's Worten ginge, gar nie entscheiden.

b) Zweitens, daß es nicht der bloße status controversiae, sondern der ganze status causae, ist, welcher dem Richter (durch die Parteienthätigkeit) muß vorgetragen seyn, und von dessen, totaler oder partieller, Wahrheit oder Unwahrheit, er Ueberzeugung haben muß,

---

(36) Vergl. z. B. oben S. 77. dieser Kritik.

bevor er entscheiden kann. Unter status causae (37) versteht man nämlich den Inbegriff sämmtlicher fundamenta agendi und excipiendi, welche die Parteien widereinander aufgestellt haben: der eingestandenen, wie der nichteingestandenen (38). Wenn A eine Wechselklage, auf 500 Thaler, gegen B erhebt, B diese Wechselschuld eingesteht, aber die exceptio pacti remissorii, auf 200 Thaler, opponirt, deren factisches Fundament der A leugnet; so besteht die ganze Streitfrage hier in dem negirten Nachlaß-Vertrage auf 200 Thaler. Ist denn aber, fragen wir, dem Richter, zur Herstellung der Möglichkeit seiner Entscheidung, die Kenntniß von der Wechselschuld, und die (aus des B Geständniß hervorgegangene) Ueberzeugung ihrer Wahrheit, minder nöthig, als die Kenntniß, und die Ueberzeugung, von Wahrheit oder Unwahrheit des Nachlaß-Vertrages?

B. Am zweiten Orte, nämlich im §. 144., vernehmen wir, daß der Zweck der litis contestatio der sey: „die Streitfrage festzusetzen“. Dieser Ausdruck unterliegt einem dreifachen Tadel:

a) einmal nämlich insofern, als er zu verstehen gibt, daß durch jede litis contestatio, der Fixirung einer Streitfrage zugearbeitet werde: während doch aus jeder litis contestatio, die durchaus bejahend lautet, dieses Resultat schlechterdings nicht entspringt: ohne daß

---

(37) Man könnte diesen Kunstausdruck etwa mit „Sachverhältniß“ oder „Sachbestand“ verdeutschen.

(38) welche letzteren, wie gesagt, ausschließlich, die sogenannte Streitfrage constituiren.

man doch wahrlich darum sagen könnte, der Zweck derselben sey verfehlt worden.

b) Zweitens insofern, als er andeutet, daß die Streitfrage schon durch die bloße litis contestatio (oder, präciser gesprochen, durch die bloße negative litis contestatio) vollständig fixirt werde: während doch, zu diesem Fixiren, die Beantwortung — und zwar in specie die negative Beantwortung — aller factischen fundamenta excipiendi (39) ebenso unumgänglich erforderlich ist.

c) Drittens endlich insofern, als er auf den Irrwahn führt, als ob dieses „Festsetzen der Streitfrage", der alleinige Zweck der litis contestatio sey: während doch überhaupt alle Wirkungen (40) welche die Legislation mit derselben verknüpft, als Zweck von ihr, angesehen werden müssen: indem der Zweck, so durch ein bestimmtes Mittel erreicht werden soll, nach Vernunftgesetzen, gerade in nichts Anderem besteht, als in Wirkungen dieses Mittels, und es mithin, vom positiven Juristen, sogar eine handgreifliche Blasphemie gegen den gesunden Menschenverstand, oder wenigstens gegen die Ingenuität (41), des Gesetzgebers wäre, wenn er den

---

(39) versteht sich: in solchen Processen, wo dergleichen voraetragen werden!

(40) Mit den übrigen Wirkungen der l. c. beschäftigt sich Martin's §. 146.

(41) Denn die Arglist freilich proclamirt, bei Anwendung ihrer Mittel, nicht selten Zwecke, die von den Wirkungen, worauf sie dadurch losarbeitet, himmelweit verschieden sind. Man denke an den Sanhedrin von Bonaparte!

Zweck, welchen derselbe durch ein concretes Mittel bezielt, in etwas Anderem bestehen lassen wollte, als im Inbegriffe der Wirkungen, die das Gesetzbuch daraus ableitet.

II. Den Grund, weßhalb, nach unserer gemeindeutschen Civ.-Proc.-Theorie, es zwar unbedenklich gestattet wird, eine ausnahmslose Bejahung aller, den factischen Klaggrund bildenden, Thatmomente, in Folge mit einer einzigen Phrase (42), auszusprechen, eine in Bausch und Bogen gefaßte Verneinung ebendieser sämmtlichen Momente aber, durchaus unerlaubt ist: dergestalt, daß eine litis contestatio, welche schlechthin negativ ausfallen soll, ebensoviele einzelne Negationen enthalten muß, als der factische Klagegrund einzelne, separirte Thatmomente begreift: der Grund dieser gedoppelten Proceßnorm, sage ich, wird von unserem Compendio in der wünschenswerthen „Vollständigkeit „und deutlichen Bestimmtheit, welche zum „Zwecke des Festsetzens der Streitfrage, „dienen soll:“ gesucht.

Dieser Grund ist aber offenbar nicht der wahre: weil er handgreiflich zuviel, oder, mit anderen Worten, nichts beweist. 1) Durch eine generell gefaßte Negation aller jener Thatmomente, wird doch sicherlich ebenso „vollständig“ und „bestimmt“ ausgedrückt, daß der Beklagte jedes einzelne Moment in Streit ziehen wolle, wie es durch seine generell-gefaßte Affirmation jener sämmtlichen Momente, „vollständig“ und „bestimmt“

---

(42) „Ich räume den Klagevortrag nach seinem ganzen Umfange ein; opponire demselben aber“ ꝛc.

ausgedrückt wird, daß er deren keines in Streit ziehen wolle: so daß dieser Grund von Martin es mithin gänzlich räthselhaft läßt, warum dennoch die erstere Fassung verboten, die letztere aber erlaubt ist.

2) Oder, will uns der Verfasser vielleicht schief darum ansehen, daß wir sein Adverbium „deutlich", womit er soviel habe sagen wollen, als „speciell", (scilicet „bestimmt") übersehen haben; so ist ihm zu entgegnen:

a) daß er alsdann dem, soeben unter 1) Bemerkten zufolge, einen mächtigen Verstoß dadurch begangen habe, daß er diese specielle Bestimmtheit, durch seinen Ausdruck „es muß daher ꝛc.", durchgreifend zum Beförderungsmittel der „Streitfrag-Festsetzung", oder, wie er eigentlich (43) hätte sagen sollen: der Ausmittelung, ob und inwieweit das factische Klagfundament negirt werde: — gestempelt; während doch die Gesetzgebung, für die Legion von Fällen, wo aus der litis contestatio das Resultat hervorgehen soll, daß über die Wahrheit der Klagfundamente gar kein Streit herrsche: das heißt, für alle Fälle, wo die litis c. durchaus affirmativ lautet: von diesem angepriesenen Beförderungsmittel, als einem solchen, gar nichts wissen will;

b) und daß auch damit unser Räthsel noch immer nicht gelöst sey: indem das wichtige Resultat, daß kein einzelnes Thatmoment des factischen Klaggrundes, in Streit gezogen werde, nicht mehr und nicht minder gewiß ausschließlich durch das Mittel einer speciellen Be-

---

(44) Zufolge unserer Untersuchung I., in diesem LXIIIten Entwurfe.

stimmtheit der durchaus bejahenden litis contestatio zu erzielen stünde, wie sich das ebenso wichtige Resultat, daß alle einzelnen Momente dieses Klaggrundes in Streit gezogen werden, ausschließlich durch das Mittel einer speciellen Bestimmtheit der durchaus verneinenden litis constatio gewinnen läßt.

Worin liegt denn aber der, von uns aufgesuchte, Grund wirklich? Die Antwort auf diese Frage ist wohl nicht schwer zu finden. Ein objectiver kann es unmöglich seyn: da wir gefunden haben, wie eine in Folle gefaßte, durchaus negative litis contestatio ihren Zweck geradeso gut erfülle, wie eine „speciell bestimmte". Es muß daher ein subjectiver seyn; und da glaube ich denn, mit gutem Vorbedachte, daß er in der weisen Absicht liege, jenem heillosen Schlendrian der Beklagten, und ihrer Advocaten, Einhalt zu thun, zufolge dessen sie, ohne Rücksicht auf die Nachtheile, so für sie selber, für den Gegner, und für den geschäftsüberhäuften Richter, aus ihrem leichtsinnigen Verfahren hervorgehen können und werden, gegen den Klagangriff, vor allen Dingen, sich dadurch zu schützen, eilen, daß sie dessen gesammtes factisches Fundament mit Stump und Stiel ableugnen (44): die, meistens, ebenso weitläufige

---

(44) Ist doch nichts häufiger, in der lieben Praxis, als der niederschlagende Anblick, wie die Advocaten, vom trivialen Korne, selbst in Fällen, wo sie wirklich genöthigt waren, einen Theil der Momente des factischen Klaggrundes vom Gegner, einzuräumen, dem Petitum ihrer Einwendungsschrift, noch die unsinnige Clausel voranschicken: „Unter allgemeinem und besonderem Widerspru-

als widerwärtige Beweisführung des Klägers, mit schaamloser Stirne, gewärtigend: einen Schlendrian der, wenn dieses Leugnen bei jedem einzelnen Momente dieses Fundamentes speciell wiederholt werden muß, theils durch die, alsdann mehr Bestimmtheit annehmenden, Regungen von Schaam und Gewissen, theils auch durch die Furcht vor der geringeren gerichtlichen (45) Entschuldbarkeit des muthwilligen Leugnens von einem einzelnen dieser Momente (46), gar sehr erschwert ist. — Es liegt also die gesuchte ratio legis, mit wenigen Worten gesagt, in der Eigenschaft jener Forderung der Specialität der Negationen: die Aufmerksamkeit, das Gedächtniß und das Moralgefühl, des Negirenden zu schärfen: ein Effect, worauf die Legislation, bei der affirmativen litis contestatio hinzuarbeiten, nicht nöthig hatte: theils weil im Gestehen sich Niemand leicht übereilt, theils weil ein solches Uebereilen, wenn es je vorkäme, in der Regel, immer allein dem Gestehenden selber, schaden würde.

„che des klägerischen Vorbringens muß ich da„her bitten ꝛc.!

(45) Vergl. Martin's §. 37.

(46) Ist dieses Leugnen nämlich bloß, in Folle, unter Anderem, erfolgt; so kann es eher mit Uebereilung excusirt werden.

LXIIII.

Gibt es wahrhafte verneinende Einreden? (§. 147.)

Unter verneinenden Einreden versteht Herr v. Gönner (47), und, mit ihm, unser Verfasser, diejenigen, deren factisches Fundament in der Nicht-Existenz eines bestimmten Thatverhältnisses besteht.

Dergleichen Einreden sind nun aber, nach meiner vollendeten Ueberzeugung, nach Vernunftprincipien, schlechthin unmöglich, und finden sich auch, bei genauerer Beleuchtung, im System unserer Civ. Proc. Gesetzgebung, überall nicht vor. — Folgendes ist meine Deduction dieser Unmöglichkeit.

Eine Einrede des B (48) ist ein historischer Vortrag eines Verhältnisses der Aussenwelt, dem die Gesetzgebung die Kraft beigelegt hat, ihn (provisorisch, oder aber definitiv) von einem Rechtsanspruche zu befreien, welchen —

(47) S. die Abhandl. XXXIV. im zweiten Bande seines Handbuches (IIter Aufl.).

(48) Nur der Kürze wegen bediene ich mich dieser Bezeichnung.

gleichfalls unter der Aegide der Gesetzgebung — sein Angreifer A, kraft eines anderen Thatverhältnisses der Aussenwelt, gerichtlich, wider ihn durchsetzen will, und auch durchsetzen würde, wenn ihn eben diese Einrede nicht zurückschlüge. Eine Einrede hat mithin, so zu sagen, die Tendenz und den Erfolg, dem Angreifer ein Recht zu entwinden — ihm ein Recht zu nehmen — welches bisher wirklich in seiner Hand lag. Da nun aber, in der Regel (49), alle Rechte, wenn nicht irgend ein aufhebendes That-Verhältniß eintritt, ewig dauern; so kann das factische Fundament einer Einrede, niemals in der bloßen Nicht-Existenz eines That-Verhältnisses bestehen. Es sind nämlich hier nur zweierlei Fälle möglich:

a) entweder besteht das Angriffsrecht des A, schon an und für sich selber genommen, nur insoweit, als dieses fragliche Thatverhältniß wirklich existirt. Alsdann gehört die Existenz dieses Thatverhältnisses (50) zum factischen Angriffs-Fundamente des A; und die Berufung auf dessen Nicht-Existenz ist eine bloße negative Antwort des B (51), und keine wahre Ein-

---

(49) Ein Gesetz, z. B., welches so lautet: „die „Wittwe hat, von der Todesstunde ihres Gatten an, „während eines runden Jahrs: aber nicht länger: den Nieß„brauch am Vermögen desselben: führt eine Ausnahme hiervon ein.

(50) Wie auch Herr v. Gönner, a. a. O. sehr scharfsinnig heraushebt.

(51) Freilich oft eine solche, wie Martin am Schlusse seines §. 144. sie charakterisirt.

rede: (wie lang und oft auch der Troß unserer Praktiker sie so getauft haben möge).

b) Oder das Angriffsrecht des A besteht zwar, an sich genommen, unabhängig von der Existenz des fraglichen That-Verhältnisses; dagegen beginnt aber das Bestehen des Befreiungs-Rechtsanspruches (52) unseres B, erst mit dem Eintritte der Nicht-Existenz dieses That-Verhältnisses. Alsdann besteht zwar die rechtliche Möglichkeit der Einrede des B, seit dem Anfange dieser Nicht-Existenz; aber der eigentliche factische Grund dieser Einrede, liegt in dem Eintritte dieser Nicht-Existenz selber: oder, mit anderen Worten, in dem positiven Factum, wodurch das fragliche That-Verhältniß aufgehoben worden ist: das heißt also, in der Existenz eines (aufhebenden) That-Verhältnisses.

Unbegreiflich ist es mir, wie Herr v. Gönner, am Schlusse seiner, so manches Goldkorn von Wahrheit enthaltenden, vier und dreißigsten Abhandlung, die sogenannte exceptio non numeratae pecuniae, für eine wahrhafte Einrede (und zwar eine negative Einrede) hat erklären können. Offenbar ist nämlich der Sinn derselben, beim Lichte betrachtet, bloß ein gedoppelter:

1) einmal ein Leugnen, daß man das fragliche Geld empfangen habe: id est eine Negation vom Klagfundamente;

2) und dann auch ein Leugnen (Bestreiten) der Beweiskraft der Geld-Schuldverschreibung, vermöge der

---

(52) (des Exceptionsrechtes).

Negation des Umstandes: daß die Verschreibungs-Urkunde schon zwei Jahre alt sei.

Wo läge nun hierin Etwas, das einer Einrede ähnlich sähe? —

LXV.

Ueber die Verurtheilung des Klägers, als Klägers. (§. 162.)

Die Behauptung unseres Verfassers, daß der Kläger, als solcher, zu Nichts außer den Kosten des Processes verurtheilt werden könne: läßt sich in keinem Falle mit der Wahrheit reimen.

Entweder rechnet nämlich Martin, zum juristischen Charakter des Klägers, auch alle die Verbindlichkeiten, welche demselben, in abstracto oder in concreto, zufolge der Proceßgesetze (des Proceßrechtes) auferlegbar sind oder aufliegen; alsdann hat er Unrecht, wenn er uns sagt, der Kläger, als Kläger, könne zu Nichts außer den Proceßkosten, verurtheilt werden: denn er kann insofern gerade ebensowohl zu einer Urkunden-Edition, zu einer Cautionsleistung pro expensis oder einer provisorischen Alimentation des Beklagten ꝛc., condemnirt werden. Ebensogut, wie der Beklagte ein

Gesuch (53) um eine von diesen letzteren Condemnationen erheben kann, so, und nicht besser, kann er auch ein Gesuch um des Klägers Verurtheilung in den Proceßkostenersatz vortragen.

Oder Martin zieht die, aus dem Prozeßrecht entspringenden Verbindlichkeiten des Klägers, nicht in dessen juristische Charakteristik hinein; alsdann hat er Unrecht, wenn er behauptet, daß der Kläger, als Kläger, auch nur zum Proceßkosten-Ersatze condemnirt werden könne: da dieser Ersatz (in dem Umfange, und unter denen Bedingungen, wie wir sie uns hier denken, und in der Form, wie man hier dazu gelangt,) bloß auf den Proceßgesetzten beruht. Wie schon oben gesagt: ein Kläger kann: so wie jeder Angreifer im Civilprocesse: als solcher, zu Nichts verurtheilt werden; allein wenn man ihn angreift: sey es nun mit einer Wiederklage (kraft des, per eminentiam, sogenannten Privatrechts), oder mit Proceß, gesuchen (kraft des Civilproceßrechts); so wird er insoferne zu einem Angegriffenen: und als solcher ist er dann füglich condemnirbar.

---

(53) Siehe oben S. 124 ff.

Beweisverfahren im ordentl. Processe.

LXVI.

Ueber die Collision eines unvollkommenen Beweises, mit einem vollkommenen indirecten Gegenbeweise. (§. 181.)

Unverantwortlich leichtsinnig, und falsch zugleich, ist es gesprochen, wenn Martin, statt eine kategorische und rechtsgemäße Entscheidung des Falles, wenn ein vollständig gelungener indirecter Gegenbeweis, mit einem unvollständig gelieferten Beweise, collidirt: zu geben, ganz obenhin, quasi re bene gesta, sagt, „hier pflegt ohne „richterlichen Eid (denn dessen Ableistung würde ja ohne „Erfolg seyn!) die Sache wider den Beweisführer ent„schieden zu werden“.

Wenn wir nämlich davon auch absehen wollen, daß manche Einrederechte (und die Erhärtung von solchen ist ja der Zweck der indirecten Gegenbeweisführungen!) nicht das ganze Angriffsrecht, sondern nur einen Theil desselben, elidiren können: so, daß selbst ihr allervollkommenster Beweis den Ergänzungseid, auf den Be-

weis des Angriffsrechtes, keineswegs überflüssig und erfolglos machen kann; ist es ja eine ausgemachte, und von Martin selbst (54) eingeräumte Wahrheit: daß jeder Einrede-Vortrag, welcher sich einer Negation von der Wahrheit der factischen Fundamente des Angriffsrechtes anschließt, bloß eventuell dasteht: das heißt, von seinem Autor bloß für den Fall aufgestellt erscheinen soll und muß, daß das betreffende Angriffsrecht des Gegners erst vollständig erwiesen seyn werde. Mit diesem Satze liegt doch wohl aber die angebliche, und von Martin (55) mit seinem Beifalle gekrönte, Regel der Praxis: daß man sich um eine Vervollständigung vom Beweise des Angriffsrechtes gar nicht mehr zu bemühen habe, sobald nur einmal der Beweis des Einrederechts in Richtigkeit steht: im grellsten Antagonismus.

Freilich gibt es eine Reihe von Einreden, (wie z. B. die exceptio renunciationis, die exceptio triginta annorum, die Einrede der Verzeihung, wider eine Ehescheidungsklage wegen Ehebruchs ꝛc.) die ihrem Vorbringer in der Welt sonst überall zu nichts frommen können, als gerade eben dazu, das entsprechende Angriffsrecht des Gegners zu elidiren; und unter ihnen sogar solche, deren Fundament: weil es in einem andauernden Personal-Zustande besteht: dadurch, daß man sie gegen ein concretes einzelnes Angriffsrecht benutzt, keineswegs aufgenutzt wird: so, daß man sie, ungeachtet ihrer diesmaligen Opposition

---

(54) Siehe dessen §. 93.

(55) in der Note c dieses §.

wider den A, allenfalls gegen eine ganze Legion von gleichartigen Angriffsrechten des B, C, D, E ꝛc. opponiren kann: wie namentlich die Exceptionen aus dem Senatusconsultum Vellejanum und Macedonianum. Bei diesen Einreden hat nun freilich die Befolgung der Abkürzungs-Maxime des Compendii nichts Bedenkliches: ja sie ist, eben um der Heilsamkeit ihres Zweckes willen, hier sehr zu empfehlen.

Himmelweit verschieden steht es aber um alle solche Exceptionen, (wie namentlich die exceptio solutionis und compensationis) auf deren Fundament ihr Inhaber, unter der Bedingung, daß, und in dem Maaße, wieweit er sie noch nicht zur Elision eines fremden Angriffes vernutzt hat, einen eigenen, ihm zu Mehr als der bloßen Hintertreibung von eben jenem concreten fremden Angriffe verhelfenden, Angriff gründen kann: dergestalt, daß er gerade soweit ärmer wird, als er deren Fundament zur Erstickung dieses jetzigen fremden Angriffs verbraucht. Wollte man in Beziehung auf dergleichen Exceptionen, die Abkürzungs-Maxime von Martin gelten lassen; so hieße dies (56) gerade soviel, als einem Schiffscapitäne den nautischen Rath geben wollen: „wenn „man dich berichtet, daß dein Fahrzeug auf dem Sande „festgefahren sey; so brauchst Du dich nur alsdann, „mit Sorgfalt, nach dieses Berichtes Wahrheit zu erkun„digen, wenn deine Ladung, an Proviant und Handels„Waaren, nicht auf jeden Fall schon so schwer ist, daß Du „durch deren raschen Auswurf flott werden kannst: denn

---

(56) Vergl. oben S. 201. dieser Kritik.

„findet dieß Letztere Statt; so erspare alles weitere Grü„beln und Forschen, und — werfe den Plunder ohne „Weiteres über Bord: damit du weiter kommest!“

LXVII.

Wann ist der Beweisantreter contumax? (§. 185.)

Quod contra legem fit, nullum est: sagt eine der bekanntesten und politisch richtigsten Rechtsregeln. Eine proceßnorm-widrige Beweisantretung ist mithin sogut, wie gar keine Beweisantretung. Eine Partei aber, welche zu einer Beweisantretung verpflichtet, und richterlich aufgefordert, war, und in dem angeordneten Termin eine solche nicht liefert, ist contumax. Damit stimmt auch die Contumacial-Theorie des Compendiums vollkommen überein; indem es in §. 117, Seite 168, also lautet: „Ungehorsam ist jede Haupt- oder Nebenperson, wel„cher, bei einem Rechtsstreite, eine Handlung obliegt, „wenn sie diese Verpflichtung entweder gar nicht, „oder doch nicht gehörig erfüllt.“

In diametralem Widerspruche mit sich selbst, und mit den Elementar-Wahrheiten, nicht nur der Civilproceß-Wissenschaft, sondern auch aller Jurisprudenz überhaupt, steht mithin unser Verfasser, wenn er, in der Note q seines §. 185, lehrt: „man kann es nicht eigent-

»lich Ungehorsam nennen, wenn der Beweis auf eine un»passende Weise versucht wird.« Oder sollten vielleicht die Prädicate »gehörig« und »unpassend« für den Civilproceß-Verstand Martin's, verträgliche Prädicate seyn: so daß bey ihm, ein Proceßact unpassend, und doch zugleich gehörig, heißen könnte? Gibt es eine ärgere Blasphemie auf die, von unserem Verfasser, so hoch gepriesene Civilproceß-Legislation, als die Aufstellung einer solchen Theorie? — Wenn ich also, im Geiste der Faustrechtszeiten, den Beweis, noch in unseren Buchstabenkriegs-Zeiten, dadurch antreten wollte, daß ich meinen Gegner auf einen gerichtlichen Säbel-Zweikampf herausforderte; so hienge die Entscheidung der Frage: ob ich contumax sey, oder nicht: bloß von der Beantwortung der subtilen anderen Frage ab, ob diese Herausforderung eine »nicht gehörige« oder eine »unpassende« Beweisantretung vorstelle! —

Meiner vollen Ueberzeugung nach, liegt der, hier bekämpften, Martin'schen Ansicht, die Irrmeinung dunkel zum Grunde, als ob Der, welcher doch so ziemlich den guten Willen des Leistens seiner ihm obliegenden Proceßacte gezeigt hat, unmöglich in die, auf das totale Nichtleisten gesetzten Nachtheile, verfällt werden könne; und dieser Irrwahn selber, woher rührte er wohl anders, als von dem leidigen Worte »contumacia« oder »Ungehorsam,« womit man jenes Nichtleisten bezeichnet hat? — Sind denn die Termine, (deren Respectirung ja doch, nach Martin's eigner Lehre (57), durch alle

(57) S. seine Eingangszeilen zum §. 117.

Contumacial-Strafen erzielt werden soll!) etwa dazu angeordnet, daß der Pflichtige so circa circiter, in denselben, seinen guten Willen zur Ausführung eines bestimmten Proceßactes zeige; oder darum, daß er diese Ausführung *re vera*, in vollem Maaße, leiste? Wie konnte es unserem Verfasser entgehen, daß die Barmherzigkeit, so er dem Richter hier zur Pflicht macht, die misericordia Sti. Crispini sey: daß dieselbe ganz auf Unkosten der Gegenpartei gehe; und daß der Richter, ohne ein ausdrückliches Gesetz, schlechthin nicht befugt seyn könne, diese Gegenpartei, welche, der Natur alles Zwangsrechts gemäß, ein Recht auf die That, und nicht auf den bloßen Willen, des Verpflichteten, hat, zu zwingen: daß sie sich mit der Vorzeigung des guten Willens beschwichtigen lasse? Hat denn Martin die Theorie von der Schädlichkeit einer ignorantia juris ganz vergessen: oder ist ihm der Geist jener Gesetze, worauf diese Theorie sich bezieht, noch nie zur Erscheinung gekommen? —

LXVIII.

Ueber Zweck und Form der Fragstücke. (§. 187.)

I. Wenn unser Compendium, in der Note w des §. 187, die Zweckbestimmung der Interrogatorien dahin angibt: daß sie die, vormals bei allen Zeugenverhören erforderlich gewesene, Gegenwart des Producten surrogiren sollen; so ist diese Angabe auf der einen Seite so handgreiflich falsch, und auf der anderen Seite, durch ein kleines Einschiebsel, so leicht zu berichtigen, daß ich mir Gewalt anthun müßte, um sie einen Materialfehler zu heißen: statt sie, das Product eines lapsus calami zu nennen. — Nicht die bloße Gegenwart des Producten, beim Verhöre der Zeugen, sollen unsere heutigen schriftlichen Fragstücke vertreten, sondern die mündlichen Fragen, gleicher Tendenz und gleichen Inhalts, welche der Product, bei dieser seiner Gegenwart vormals an die Zeugen richten, oder durch das Mittelsorgan des Richters richten lassen, durfte: gerade wie dies noch heute in England, vom Advocaten eines Criminal-Inquisiten, sogut wie eines civilistisch Beklagten, geschieht (58).

(58) und zwar zum großen Vortheile der Justizpflege geschieht. Siehe *Cottu:* de l'administration de la

II. Unumwunden muß es dagegen ein Materialfehler genannt werden, wenn Martin, in Absicht der Form der Fragstücke, prädicirt: sie seyen nicht suggestiv. Mögen wir diesen Ausspruch nun paraphrasiren: „sie sind, in der Praxis, nicht suggestiv" oder „sie sind, kraft der legalen Proceßnormen, nicht suggestiv"; er erscheint im einen Sinne um kein Quent minder unrichtig als im anderen.

Daß in der Praxis suggestive Fragstücke in Menge vorkommen: mag uns, zum Beispiele, der Justiz-Amtmann Fredersdorf bezeugen; welcher, im zweiten Bande seiner Anweisung für Justiz-Beamte, auf zwei Quart-Seiten, die uns gerade zunächst in die Hand laufen, mindestens drei auffallende Interrogatorien dieser Art, hat abdrucken lassen (59). Daß dergleichen Frag-

---

justice criminelle en Angleterre et de l' esprit du gouvernement anglois. Par. 1820. S. 129; und Goede's England, Wales, Irland und Schottland. 1806. Bd. II. S. 148. ff.

Wem es aus Erfahrung, oder aus Pfisters Criminalfällen, bekannt ist, wie sehr das ob und wie, sammt dem Erfolge, solcher Fragen, meistens von der momentanen Beobachtung vom Benehmen — selbst von Accent und Miene — der Zeugen, beim Verhöre selber, abhängt, wird zu beurtheilen wissen, was von der Weisheit des fraglichen neudeutschen Proceß-Institutes zu halten sey.

(59) (S. p. 124 und 125 des bezeichneten Bandes. — Sie lauten:

1) „Ob Zeugin nicht sagen müsse, daß Beklagter die Wittwe X habe bedrohen müssen: daß er sie ohne Hülfe liegen lassen müsse, wenn sie ihm das Leben so sauer mache?"
2) „Ob nicht Zeugin wissend, daß die Wittwe

stücke aber, nach einer gesunden Theorie vom gemeindeutschen Civilproceß, auch in der That vollkommen rechtmäßig seyen: steht, meines Erachtens, durch folgendes Raisonnement, sehr leicht zu erweisen. Es gibt 1) sinnlich appercipirbare Dinge, durch deren, vom Zeugen zu bejahende, Existenz eine andere Apperception eben dieses Zeugen, ihre Glaubwürdigkeit, ganz oder theilweise, verliert. Zum Beispiele wird die Aussage des Zeugen X: daß er das Kauffahrdeyschiff des A, ankerlos, im Haven habe umherwogen sehen: dadurch gewaltig entkräftet: daß zur Zeit dieses Sehens ein dicker Nebel den ganzen Haven bedeckte.

2) Ebenso gibt es andere, sinnlich appercipirbare Thatmomente, durch derer, vom Zeugen zu bejahende, Existenz, die Natur anderer, vom nämlichen Zeugen wahrgenommener, Thatmomente gänzlich umgestaltet

---

„selbst verlangt habe, auf diese Stube „gebracht zu werden?“

3) „Ob nicht die Witterung so gelinde gewe„sen, daß man gar füglich ohne Einhei„zen seyn könne?

Fern ist es freilich von mir, das Fredersdorfische Actenstück, woraus diese Interrogatorien gezogen sind, für ein Musterstück auszugeben. — Unmittelbar hinterher, noch auf derselben Pagina 125, wird zu dem Beweis-Artikel „Wahr das Beklagter die Stube verschlossen?“ das Fragstück gestellt: „Ob Zeugin sagen könne, „daß dies aus einer bösen Absicht geschehen?“ das heißt, die Zeugin wird zur Mittheilung vom Resultat einer Schlußfolgerung, und nicht einer Sinnenwahrnehmung, aufgefordert. — Wie lautet aber auch die Antwort darauf? „Es könne aus keiner anderen „Absicht geschehen seyn, als daß Niemand zu „der kranken Wittwe gehen sollen.“

wird. Zum Beispiele, wenn der Zeuge bestätigt: B habe zu A allerdings, mit einer Abschiedsverbeugung, gesagt: „Nun, weißt Du Was? ich will ihn Dir um „fünfzig Ducaten abkaufen, den alten Schim„mel“; so sieht dies freilich einem ernstlichen Kauf ähnlich. Wenn aber der Zeuge, aufgefordert durch zwei Fragstücke des Producten B, bestimmter und ferner aussagt: daß B diesen Kaufconsens mit lautschallendem Gelächter ausgesprochen und die Worte hinzugefügt habe: „aber nur unter einer alternativen Bedingung: daß Du „den Gaul entweder um 10 Jahre verjüngst, oder mir „nie einen Groschen vom Kaufpreise dafür abforderst“; so nimmt dieser Consens dadurch die Gestalt eines bloßen Scherzes, das heißt des Gegentheils vom Consense, an.

Dem Producten hier verbieten wollen: diese entkräftenden Dinge oder Thatmomente, dem Zeugen, in seinen Fragstücken, zu suggeriren (60): hieße nichts Anderes, als, in dieser sehr wichtigen Beziehung, die Gleichheit der Parteien (61), und zwar, was doppelt gehässig wäre, zum Nachtheile des Quasi-Angegriffenen (62), aufheben, und den Producten in ein sehr peinliches Nachtheil-Verhältniß, gegen den Producenten, stellen (63):

---

(60) z. B. durch die Wendung: „ob nicht ein „dicker Nebel damals den Haven bedeckt habe“ oder „ob nicht Product diese Worte laut lachend ausgesprochen habe“ ꝛc.

(61) S. oben Martins §. 36 und 175 a.

(62) S. Martins §. 176, Note d.

(63) Denn durch die Suggestion, das heißt durch die, in die Frage gehüllte, Auflösung eines Thatmomentes, in

ein Beginnen welches als eine umso ärgere Versündigung am Geist unserer Proceßlegislation, erscheinen müßte, da, wenn es für die fast unverantwortliche Gefährlichkeit ihrer Forderung von suggestiven Beweisartikeln, überall ein tröstliches Gegengift gibt, dieses schlechterdings nur aus ihrem Zulassen von suggestiven Interrogatorien resultiren kann.

Beziehung auf welches der Fragende eine Antwort erwartet, wird a) der redliche und ängstliche Zeuge wenigstens bestimmter an Das erinnert, was er wahrgenommen hat; b) dem unredlichen oder leichtsinnigen aber, einestheils ein Fingerzeig wegen Dessen gegeben, was man von ihm ausgesagt zu sehen wünscht, und anderntheils die Gefahr abgewendet, bei eigener Relation eben dieser Thatmomente, entweder sich in Widersprüche zu verwickeln, oder wenigstens durch die Ungenauigkeit a) von deren Inhalt, den geringen Werth seiner ganzen Deposition zu verrathen. S. Mittermaiers Handbuch des peinl. Processes 1810. Bd. II. S. 677 ff.

---

a) Mag diese nun von der Oberflächlichkeit und Inexactheit seiner ehemaligen Apperception oder seiner jetzigen Reminiscenz herrühren.

LXIX.

Ueber Martions Begriff von Urkunden.

(§. 194.)

Die Definition von Urkunden, welche in dem Martin'schen Satze: daß „der Urkundenbeweis zwar überhaupt durch alle leblosen Gegenstände, welche die Spuren menschlicher Thätigkeit an sich tragen, vorzüglich aber durch schriftliche oder gedruckte Aufsätze geführt werde", involvirt liegt, erscheint, aus allen möglichen Gesichtspuncten, inadäquat und unstichhaltig.

Einmal nämlich entspricht sie nicht dem Begriffe, welchen die alten Römer mit ihrem Wort' instrumenta verknüpften: denn Paulus sagt uns (64): „instrumen„torum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus „causa instrui potest: et ideo *tam* testimonia *quam*

(64) in der, von Martin selber, angeführten l. 1. D. de fide instrum. (22. 4).

Man vergleiche mit diesem Fragmente die Artikel Instruere und Instrumentum in *Brisson's* Werk de verborum significatione, und des *Cujacius* Recitationen über den Pandektentitel de fide instrum.: (im Bde. IV. seiner opera posthuma).

„*personae* instrumentorum loco habentur“. Der Instrumentenbeweis des alten Römers ließ sich daher sehr füglich durch Personen führen; keineswegs aber der Instrumentenbeweis Martin's: denn Personen sind ja keine leblosen Gegenstände. Martin kann sich mithin unmöglich, unter Urkunde, das Nämliche denken, was der Römer unter dem Ausdruck': instrumentum, zusammenfaßte.

Zweitens entspricht die fragliche Definition unseres Autors aber, ebensowenig, dem — freilich wohl nicht zu billigenden — Begriffe, welchen die Praxis, hie und da, mit dem Kunstausdruck': instrumentum, verbindet: indem sie, im weitesten Sinne, alle Beweismittel (folglich auch die Eideszuschiebung) damit bezeichnet: denn alsdann könnte gleichfalls nicht geschrieben stehen: „der Urkundenbeweis wird durch leblose Gegenstände geführt“: indem, z. B., die Zeugen (welche das Compendium denn doch, wie billig, im §. 124, selbst, für ein Beweismittel passiren läßt) nicht wohl zu den leblosen Gegenständen gezählt werden können.

Drittens endlich trifft die fragliche Desinition nicht minder schlecht mit dem Begriffe zusammen, welchen unser Publikum, im täglichen Leben, und, mit ihm, auch unsere Proceßtheorie, im weitesten Sinne, an das Wort Urkunde, anknüpft: nämlich mit dem Begriffe von einer Substanz, welcher ein symbolischer Conventional-Ausdruck menschlicher Gedanken sichtbar aufgeprägt steht (65). Sie

(65) Vergl. des Grafen *Destutt de Tracy* élémens

ist hierzu, auf der einen Seite, ebenso zu weit, wie, auf der anderen, zu enge. Zu weit: weil nicht alle Spuren menschlicher Thätigkeit, die einem leblosen Gegenstande aufgedrückt sind, diesen Gegenstand zur Urkunde machen: (denn sonst müßte jede Allongeperücke, und jeder durchsägte Baum-Ast, eine Urkunde heißen!); zu eng aber: weil jene Substanz, wovon wir sprechen, keineswegs nothwendig eine leblose seyn muß, um den Namen einer Urkunde zu verdienen. Das Einbremen meines Namens und Wappens in den lebendigen Körper meines Kindes oder meines Reitpferdes, macht diesen lebendigen Körper ebensogut zur Urkunde, wie das Einäzen oder Einhauen eben dieser conventionellen Gedankensymbole, eine Kupfertafel oder einen Taufstein zur Urkunde creirt.

---

d' ideologie: IIIte Ausg. Paris. 1817. Bd. I. Cap. 16 und 17 und Desselben Principes logiques Par. 1817. Cap. 8; auch v. Gönner's Handbuch des deutschen g. Proc. Ausg. II. Bd. II. S. 462 und 463.

LXX.

Besteht zwischen der Agnition und der Recognition einer Urkunde ein formeller Unterschied? (§. 201 u. 202.)

I. Worin besteht die Recognition einer Urkunde? In der Erklärung des Producten: daß er diese fragliche Urkunde für ächt erkenne. — Worin besteht die Agnition einer Urkunde? In der Erklärung des Producten: daß er diese fragliche Urkunde für ächt erkenne. — Ein formeller Unterschied bestünde demnach zwischen Urkunden-Recognition und Agnition nicht; und daher erklärt es sich denn auch wohl, daß nicht nur, einerseits,

a) unsere alten Praktiker: namentlich, zum Beispiele, Samuel Stryk (66), Jacob Friedrich Ludovici (67), und Wilhelm A. F. Danz (68): beide Proceß-Acte mit einem und demselben Namen,

(66) S. dessen usus modernus Pandect: Buch XXII, Tit. 4, § 2 — 5.

(67) In s. usus practicus distinctionum juridicarum. edit. VI. Bd. II. S. 151 u. 152.

(68) In seinen Grundsätzen des ordentlichen Processes. Ausg. IV. §. 331.

nämlich mit dem der recognitio instrumenti (oder documenti) belegen;

b) sondern auch, andrerseits, mehrere alte Praktiker, sammt unseren neusten Theoretikern, in Hinsicht beider Kunst-Termini, in einer babylonischen Sprachverwirrung verfangen sind: so daß, zum Beispiele, Fredersdorf (69) und Martin Das eine recognitio nennen, was bei Gönner (70) und Gensler (71) eine agnitio heißt; und, umgekehrt, eine agnitio taufen, was bei Diesen für eine recognitio gilt.

II. Was kann und soll der Product thun, wenn ihm, im Productionstermin, solche Urkunden, die (gleichviel ob bloß im juristischen oder obendrein auch im natürlichen Sinne) von ihm selber herrühren sollen, vorgelegt werden? Sich erklären, ob er sie für ächt anerkenne, (i. e. agnoscire oder recognoscire) oder nicht. — Was kann und soll der Product thun, wenn ihm, im Productions-

---

(69) S. dessen Anweisung für Justizbeamte Bd. II. S. 209 u. 210. (Freilich gibt dieser Jurist, kurz hinterher, auf S. 213, wieder eine ganz andere Definition von der Urkunden-Recognition: indem er sagt: „sie ist diejenige „Prüfung einer U. welche der Product im Gericht' anstellt, um seine Erklärung geben zu können, ob er deren „Inhalt für richtig erkennet oder nicht.")

(70) S. dessen Handbuch IIter Ausg., Bd. II, p. 372 u. 373.

(71) S. dessen Archiv für die civilistische Praxis: Bd. I. S. 61. — Er sagt nämlich: „der Sächsische Proceß verpflichtete den Producten zur ausdrücklichen Erklärung „über die Aechtheit der als öffentlich producirten Urkunden, „zu einer ausdrücklichen Agnition, das heißt Recognition".

termine, andere als solche, angeblich von ihm selber herrührende Urkunden, vorgelegt werden? Sich erklären, ob er sie für ächt anerkenne (i. e. agnoscire oder recognoscire), oder nicht. — Steht irgendwo, im Gesetzcodex (72) für unseren gemeinen Civilproceß, geschrieben, zu lesen: daß nur jene erstere, und nicht auch diese letztere, Agnition (73), mit ausdrücklichen Worten, geschehen müsse? Mit nichten (74).

Demnach besteht also zwischen Dem, was der Product bei Vorlegung von eigenen, und Dem was er bei Vorlegung von nicht eigenen Urkunden, im Productionstermine, zu thun hat, überall kein formeller Unterschied; und es ist ein materieller Fehler von unserem Verfasser,

---

(72) Man verzeihe mir diesen, freilich allzu euphemischen, Collectivausdruck! **Iterum, iterumque infandus renovatur dolor.** —

(73) Nach Gensler'scher Terminologie wäre diese Frage freilich sehr domitianisch ausgedrückt!

(74) Und zwar aus gutem Grunde: denn da auch die Ladung des Producten auf den **Terminus productionis** von **eigenen Urkunden**, **sub praejudicio agniti** geschehen soll und geschieht; sein — beliebiges — passives Stillesitzen vor dem Gerichtstische, im Productionstermine, daher gerade soviel wie ein totales Ausbleiben gelten, das heißt die Contumacialstrafe der **agnitio ficta** nach sich ziehen, muß; so wäre die Bestimmung der Gesetze: „daß bloß die öffentlichen „Urkunden, im Productionstermine, nicht ausdrücklich an„erkannt zu werden brauchen": höchst lächerlich: sintemal der Richter ja, dem Producten, auch bei Vorlegung sonstiger Urkunden, den Mund nicht aufbrechen darf; das **Stillschweigen** des Producten aber vier gerade ebenso, und nicht anders, interpretirt werden müßte, wie sein Stillschweigen bei der Production von **öffentlichen** Urkunden: nämlich — als eine **agnitio** oder **recognitio**! —

wenn er, in seinem §. 202, dennoch, in zweifacher Weise, (nämlich 1) durch dessen Ueberschrift: „Produc„tionstermin in Ansehung der nur zu „recognoscirenden Urkunden.“ und 2) durch den Ausdruck, in dessen Texte: „Pro„duct — hat — — sich nur zu erklären, „ob er sie für diejenigen halte“ ꝛc.) auf einen solchen formellen Unterschied hindeutet.

„Wie“ so höre ich hier Herrn Martin, triumphirend, einfallen: „wie, hat Product nicht, in „Hinsicht der eigenen Urkunden, sein Aecht„heits-Leugnen mit dem Diffessionseide „zu begleiten?“ — Hierauf antworte ich: allerdings: allein

a) einmal rettet dieser Umstand, auf keinen Fall, die Richtigkeit der eben angefochtenen Ausdrücke: da

α) der Product doch auch nicht-eigene (z. B. öffentliche) Urkunden ebensogut nicht recognosciren, wie recognosciren, darf; und da

β) eine eidliche Erklärung doch immer auch eine Erklärung ist (75);

b) und zweitens — was die Hauptsache ist — wird

---

(75) Der Verfasser hätte die Ueberschrift seines §. 202, so stellen sollen: „Productionstermin in Ansehung der „zu recognoscirenden oder einfach (i. e. nicht „eidlich) zu diffitirenden Urkunden“; vorausgesetzt, daß er denn doch der Procedur in diesem Termin, bloß darum, weil sich der Product, nach Umständen, die Zumuthung eines Deffessionseides, in demselben, gefallen lassen muß, einen separaten §. widmen wollte!

dadurch Das, was der Product, im Termine der Production einer eigenen Urkunde, zu thun hat, um keines Haares Breite, erweitert: denn da der Ableistung jedes gerichtlichen Eides eine Besinnungsfrist und eine kirchliche Präparation vorausgehen muß; so fällt die Ableistung des Diffessionseides ebensowenig in den Productionstermin, wie z. B. die Antretung des Beweises der Verfälschtheit, welchem sich der Product hinter seiner Nicht-Recognition (oder Nicht-Agnition) einer öffentlichen Urkunde zu unterziehen gezwungen ist, nothwendig in eben diesen Termin fallen muß.

LXXI.

Wie hat sich der Producent in Ansehung des Diffessionseides zu verhalten? (§. 203.)

Der Dreher ohne Drehstuhl, ist kein armseeligeres Geschöpf, als der positive Jurist ohne positive Gesetze. An solchen fehlt es uns nun aber, unter Anderen, in der That, für eine gemeindeutsche Regulirung der Natur und der Wirkungen des Deffessionseides. Daher der endlose Krieg, fast Aller gegen Alle, über diese Natur und diese Wirkungen! — Das Einzige was mir insofern, auf der einen Seite, universell recipirt, und, auf der anderen Seite, allgemein eingeräumt zu seyn scheint: ist die Norm unserer Praxis: daß der Product, auf einen Productions-

termin, wo er sich über die Aechtheit einer eigenen (76) Urkunde erklären soll, immer ad recognoscendum (seu agnoscendum) vel jurato diffitendum, citirt werde. Auf diese Norm der Praxis gründe ich die Ueberzeugung, daß unser gemeindeutscher Diffessionseid nichts Anderes als ein Calumnieneid, seyn könne. Da nämlich das Aechtheits-Leugnen des Producten, nach den ausgemachtesten Proceßrechts-Principien, den Producenten hier in die Verbindlichkeit setzt, den Aechtheitsbeweis zu führen, dieser Aechtheitsbeweis aber, zur Zeit der Production, noch gar nicht, von ihm, begonnen (77) ist; so kann der (78) Eid, wozu der Product hier, im Voraus, aufgefordert wird, unmöglich ein juramentum *purgatorium* seyn.

Vernünftigerweise (denn an die Möglichkeit, daß er ein juramentum suppletorium sey, wird wohl Niemand denken wollen (79)) kann uns daher nur noch die Wahl-

---

(76) Der Kürze wegen wird mir dieser terminus technicus wohl vergönnt seyn. Ich bitte, hier den Eingang des vorigen Entwurfes zu vergleichen.

(77) Das heißt: noch zu keinem hundertsten Bruchtheil, von ihm, geliefert.

(78) Allerdings kann es, wie Zimmern, (in seiner Diss. de juram. diffessionis) und H. v. Grolman (auf S. 135 der 4ten Ausg. seines C. Proceß-Compendii) richtig bemerkt haben, in Beziehung auf eine solche eigene Urkunde des Producten, hinterher, nach Umständen, zu einem juramentum purgatorium kommen; aber dieses ist ja doch wahrlich der Eid nicht, welchen man, per eminentiam, den Diffessionseid nennt, und von dem wir hier sprechen!

(79) Mutatis mutandis, gilt, von der Behauptung

frage offen stehen, ob er für ein juramentum delatum, oder ob er für ein juramentum calumniae, anzusehen sey? Nun sage ich aber: ein juramentum delatum kann er auch nicht seyn: denn er wird ja, ohne Zuthun des Producenten, vom Richter auferlegt; eine Eidesdelation *) von Seiten des Richters aber ist ein monstrum in jure.

Die Gegner dieser meiner Behauptung sagen hier zwar: „keineswegs geschieht diese Eidesauferlegung ohne „Zuthun des Producenten: denn der Richter fingirt „hier bloß, daß Producent diesen Eid zugeschoben habe; „und spielt, wie bei allen Eideszuschiebungen, bloß das „processleitende Mittelsorgan zwischen dem Deferen„ten und dem Delaten: das heißt, der Diffessionseid ist „ein juramentum *tacite* delatum". Allein hierauf antworte ich: eine stillschweigende delatio juramenti ist ein ebenso monströses Ding wie eine richterliche delatio j.; eine solche Fiction kann der Richter nicht vornehmen, wenn ihn kein ausdrückliches Gesetz dazu ermächtigt; und wir dürfen und können zu einer solchen Charakterisirung des Diffessionseides nicht eher schreiten, als bis uns die Gegner entweder ein solches Gesetz, oder die Unmöglichkeit jeder anderen Charakterisirung, werden nachgewiesen haben. Bis dahin muß es uns erlaubt seyn, diese Fiction für umso widernatürlicher und

---

dieser Parenthese, Dasselbe, was ich, in der unmittelbar voranstehenden Note, gegen H. v. Grolman und Zimmern, bemerkt habe.

*) nämlich nach deutscher Terminologie. S. Grolman's Theorie; S. 138.

odiöser zu halten, da unsere Civilproceß-Legislation die Delation eines Haupteides, wenn er unmittelbar die factischen fundamenta agendi oder excipiendi betrifft, für ein bedenkliches — fast möcht' ich sagen desperates — Reservmittel des Beweispflichtigen, ansieht und angesehen wissen will; der Haupteid über die Unächtheit einer Beweisurkunde aber, nicht nur, in tausend Fällen, dem Beweispflichtigen, in seinen Folgen, ebenso verderblich werden kann, wie der Haupteid über jene fundamenta agendi ꝛc., sondern, in der That, bisweilen sogar diese fundamenta selber mitbetrifft (80): dergestalt daß es die höchste Inconsequenz wäre, wenn sie dieses gefährliche Reservmittel — und zwar noch obendrein aus Fürsorge für den Beweispflichtigen, (den Producenten der Urkunde) — hier, ein für alle Male, vorzugsweise vor allen anderen denkbaren Beweismitteln zur Hand zu ziehen, befohlen hätte (81).

Wenn mithin der Diffessionseid nicht, nach Gensler's Ansicht, eine eigene Eidesgattung, für sich, bilden soll, — eine Supposition, wozu uns nur die eiserne

---

(80) Nämlich beim Beweise der Existenz und des Inhaltes von wahrhaften Litteralcontracten.

(81) Die stärksten Argumente wider die Behauptung der Gegner, ließen sich freilich daraus entnehmen, daß dem Diffessionseid-Pflichtigen weder Gewissensvertretung noch Eidesrückschub erlaubt wird. Allein ich mochte sie darum nicht benutzen, weil ich in der That nicht weiß, ob diese gedoppelte Unerlaubtheit, in der That, als eine universelle deutsche Civilproceß-Norm gelten könne, oder nicht. — Aeußerst schwankend und willkührlich drückt sich, z. B., Gensler darüber aus: auf S. 325 des Bd. II. von seinem Archive f. d. Praxis. Heidelb. 1819.

Noth, oder ein Gesetz, autorisiren kann (81) —; so muß er durchaus eine Species von Calumnieneid seyn. Dafür kann er denn aber auch sehr wohl passiren: denn der Calumnieneid kann sehr füglich, und zwar selbst in solchen Fällen und Proceßepochen, vom Richter, auferlegt werden, wo der Product noch zu keinem juramentum *purgatorium* verpflichtet ist; und daß seine Auferlegung und Ableistung, in bestimmten Proceßepochen, durch die Gerichtsordnung, ein für alle Male, verlangt werde: enthält durchaus nichts Monströses (82).

Soweit käme ich also mit Martin überein: denn auch er berichtet uns, in der Note d seines §. 203, das Resultat seiner Untersuchungen, dahin, daß der Diffessionseid ein juramentum calumniae sey.

Feierlich muß ich dagegen wider das Benehmen protestiren, welches er, in Beziehung auf diesen Eid, im

---

(81) Gensler ist zu diesem desperaten Hiebe durch den Knoten, wahrscheinlich nur darum geschritten, weil er es (leider!) versuchen wollte, die betreffenden Normen der Particular-Gerichtsordnungen: welche freilich hie und da den Diffessionseid zu einem mixtum compositum von zwei- bis dreierlei anderen Eides-Charakteren stempeln: unter einen gemeinsamen Charakter mit den Normen des universell-deutschen Processes zu bringen: ein Versuch, der natürlich mißlingen mußte.

Der Centauer gehört freilich weder ganz zu den Menschen, noch ganz zu den Rossen: — aber er gehört auch überhaupt in keine prosaische Naturgeschichte!

S. Genslers Handbuch über Martin: Bd. I. S. 350.

(82) Siehe unten Martins §. 302, und Danzens Grundf. des ordentl. Proc. Ausg. IV. §. 366.

Dem Geiste der Verhandlungs-Maxime wäre es freilich gemäßer, selbst in solchen Fällen, die Aufforderung zu einem solchen Eide, dem Gegner zu überlassen.

Texte des nämlichen §., dem Producenten anempfiehlt: denn die Natur dieses Benehmens paßt zur behaupteten Natur dieses Eides geradesogut, wie das Fliehen des Säuglings zum Anbieten der Mutterbrust.

Der Verfasser meint nämlich: wenn der Producent sich vor den Wirkungen des Deffessionseides fürchte; so müsse er, noch bei guter Zeit, gegen die Ausschwörung desselben protestiren und — die Aechtheit der Urkunde, z. B., durch Zeugen, zu beweisen suchen. — Mit Staunen müssen wir hier, natürlich, fragen: woher eine solche Furcht denn, in der weiten Welt, rühren könnte? Darauf erhalten wir zum Bescheide: „Jene Eidesableistung „bewirkt, daß die eidlich abgeleugnete Urkunde nunmehr, „fürs Erste, alle Beweiskraft verliert". Dieses „Fürs Erste" kann, wenn wir das ganze Raisonnement von Martin, nicht für rein läppisch sollen halten dürfen (83), keinen anderen Sinn haben, als „bis zum erwiesenen Meineide."

Hier hätten wir demnach einen Calumnieneid, dessen Ableistung alle Wirkungen vom Ausschwören eines Haupteides (84), nach sich zöge!!

Wo hat denn Martin je gehört, daß ein Leug-

---

(83) Denn wenn ihm auch hinterher noch, durch den simpeln Beweis der Aechtheit, zu helfen stünde; so brauchte er sich ja vor der Ableistung nicht zu fürchten: indem das Ablehnen derselben, ihm zu keinem weiteren Glück verhelfen würde als eben — zur Erlaubniß dieses nämlichen Aechtheitsbeweises.

(84) Nämlich nach der, von Martin, im §. 175 a, Note a, aufgestellten, (aber von H. v. Grolman bezweifelten) Theorie!

nen, welches mit einem Calumnieneide begleitet wird, den geleugneten Thatumstand als objectiv unwahr darstelle? Hat denn, z. B., das, vom Ponaten ausgeschworene, juramentum *respondendorum* (85) etwa die Folge, daß alle, von ihm negirten Positionen des Gegners, solange für unwahr gelten, bis Letzterer den Meineid des Ponaten erwiesen hat? Besann er sich nicht, daß ein solcher Eid nur das Resultat erzeuge: daß man dem Schwörenden hinterher glaubt, wie er es, subjectiv, mit diesem seinem Leugnen, ehrlich, und ohne Falsch, meine oder gemeint habe: wie klar es sich auch, gleich darauf, aus objectiven Beweisgründen, herausstellen mag, daß das Geleugnete dennoch seine Richtigkeit habe; oder, vielleicht besser ausgedrückt: daß ein solcher Calumnieneid bloß die Bedingung sey, unter welcher es dem Schwörenden allein erlaubt wird, den Gegner überhaupt in die Nothwendigkeit des Beweisens seiner Behauptung, zu versetzen; aber keineswegs die Bedingung, unter welcher dem Gegner dieses sein Beweisen selber, erschwert wird?

Ist der Diffessionseid wirklich ein Calumnieneid; so braucht der Producent sich nicht nur nicht davor (wie vor den Folgen eines Haupteides) zu ängstigen: sondern er muß vielmehr auf ihn, als auf eine wahre Wohlthat, dringen: indem vielleicht allein dessen Nichts-Heischen ihn (Producenten) in die Nothwendigkeit setzt, den Aechtheitsbeweis zu führen (86); während

---

(85) S. unten Martins §. 307.
(86) Es gibt Menschen genug, die sich nicht vor einer

dessen Heischen und Ausschwören, ihm diesen Aechtheitsbeweis um keinen Gran erschwert. Muß dagegen Producent sich, in der That, vor dem Diffessionseide scheuen: und mithin, nach Umständen, dagegen protestiren: weil derselbe alle Folgen eines ausgeschworenen Haupteides hat; — dann ist doch wahrlich der Diffessionseid — kein Calumnieneid zu nennen!

Es gleicht also die fragliche Theorie Martins, allerdings, jenem Mißgeschöpfe: aus Mädchenleib und Fischschwanz componirt: worüber Horaz im Eingange seiner Epistel an die Pisonen, lächelt.

LXXII.

Ueber die Rechtsfähigkeit zur Eidesdelation.

(S. 213.)

Einer der ausgemachtesten und trivialsten Sätze der gesammten Jurisprudenz, ist der, daß Wer kein freies Verfügungsrecht über sein Vermögen hat, wie, z. B., der minor, auch, in Betreff dieses Vermögens, keine volle persona standi in judicio habe: das heißt, daß er in Civilprocessen, durch deren Resultat diesem Vermögen

---

simpeln, wohl aber vor einer eidlichen, Lüge fürchten; und gibt andere Menschen, die lieber ein, in ihren Augen so erscheinendes, indebitum bezahlen, als einen gerichtlichen — wenngleich noch so wahrhaftigen — Eid schwören, wollen.

präjudicirt wird, weder als Kläger, noch als Beklagter, ganz auf eigene Faust, auftreten und agiren könne. Diese Unfähigkeit zum freien, selbstbeliebigen Agiren und Schalten, bezieht sich auf den ganzen Proceßgang: daß heißt, mit anderen Worten, auf alle Theile des Proceßganges: mithin auch, und zwar (88) hauptsächlich, auf die Antretung des Beweises: mag diese nun eine Zeugen- oder eine Urkunden- oder eine Eides-Beweisantretung seyn.

Demnach wäre es, vom Compendio, schon sehr unsystematisch und läppisch gewesen, wenn es, bei Gelegenheit der Beweisantretung durch Eideslation, noch, in specie, die ausdrückliche Bemerkung gemacht hätte: „Niemand kann sie selbstbeliebig und selbstschaltend, in eigenen Vermögens-Processen, vornehmen, der, über sein Vermögen, kein freies Dispositionsrecht hat". Ein gedoppelter Materialfehler ist es aber vollends, wenn Martin sagt: „der Gebrauch eines Schiedseides hat das „Eigene, daß er die Fähigkeit des Beweisführers, sich in Ansehung seines Vermögens, durch seine Handlungen, zu verpflichten, voraussetzt."

Einmal wird uns hier nämlich Etwas für eine Eigenheit der Beweisantretung durch Eidesdelation, ausgegeben, was gar keine Eigenheit derselben bildet; und zweitens wird uns Etwas als Bedingung aller Eideszuschiebung überhaupt, dargestellt, was zunächst nur die Bedingung der Eidesdelation in Vermögensprocessen, bildet.

---

(89) Denn dieser Act ist gerade von entscheidender Wichtigkeit.

LXXIII.

Ueber das juramentum suppletorium quantitatis. (§. 221.)

Daß ein juramentum suppletorium, vom Richter, auch zum Behufe des Beweises einer Quantität auferlegt werden könne: ist noch von keinem Theoretiker, sowie von keinem Praktiker, bezweifelt worden. Nur Das war, und ist noch, streitig: ob eine vom Producenten eingeklagte Quantität, in gänzlicher Ermangelung von anderen Beweismitteln, (und namentlich also, wenn Producent diese Quantität nichteinmal halb, auf anderem Wege, bewiesen hat) gegen den Producten, durch einen solchen Eid des Producenten, welcher kein juramentum relatum ist, selbst schon alsdann erwiesen werden könne oder dürfe, wenn Product bloß in culpa levi versirt?

Daß dieser bestrittene Eid kein eigentliches juramentum in litem sey, und seyn könne: war juristisch evident: denn die unzweideutigsten Gesetze sagen, mit dürren Worten, daß das juramentum in litem nur wider einen solchen Producten Statt finde, dem eine culpa lata, oder gar ein dolus, zu Schuld kömmt. Daß er aber ebensowenig ein wahrhaftes juramentum suppletorium

sey: war sogar schon logisch gewiß: indem jedes *supplementum*, das heißt, jede Ergänzung, eines Beweises, doch schon die gelungene Herstellung von einem Bruchtheile dieses Beweises, voraussetzt.

Vergebens haben, wie noch jüngst, durch einen scharfsinnigen Zögling der hiesigen Akademie, (89), aus hinlänglichen, aber freilich noch, sehr leicht, vermehrbaren Gründen, dargethan worden ist, die Apologeten dieses zwitterartigen Eides, die rechtliche Existenz desselben, aus den gemeindeutschen Gesetzbüchern zu deduciren gesucht. Ihre Vorträge leiden, — wiewohl vielleicht unwillkührlich, — an den Fehlern der Ob- und der Subreption zugleich. In der That ist diese Fehlerhaftigkeit, von unserem Verfasser, auch eingesehen und ausgesprochen worden (90): wiewohl freilich auf eine, in der Form, sehr tadelhafte Weise (91). Allein er geräth,

---

(89) H. Dr. Rapp, aus Frankfurt a. M. Seine, von Martin, auf S. 346, Note *, citirte Dissertation ist von Mittermaier, auf S. 162 u. 163 des Archivs für die civ. Praxis, im Auszuge, mitgetheilt worden.

(90) Nämlich im §. 221, Nr. 1, und im §. 179 Note z.

(91) Um nämlich Anderes zu unterdrücken: sagt er, in der soeben angeführten Note Z: „von dessen Erkennung um die Quantität einer Forderung auszumitteln arg. l. 1. §. 40. D. depositi, vergl. mit l. 19. §. 4. D. de furt. u. c. 32 X. de jurejur".

Betrachtet man nun aber diese drei Stellen genauer; so zeigt sich, daß die beiden ersten von einem juramentum *malitiae* reden; die dritte aber von den juramentis *dandorum et respondendorum* spricht. Was nun aber, aus diesen Bestimmungen, für ein Argument auf die Zulässigkeit eines eigentlichen juramenti *suppletorii*, zum Behufe der Erhärtung der Quantität einer Forderung: — woran nola

durch einen Mißgriff, welcher dem, in unserem siebenzigsten Entwurfe nachgewiesenen, sehr ähnlich sieht, mit dieser seiner Einsicht, und diesem Ausspruch, in eine kahle Contradiction: wenn er, tiefer unten, im nämlichen §. 221. sagt: „Man sollte es daher keinen Schätzungseid nennen, „wenn auch da, wo bei einem geringeren Grade von „Nachlässigkeit, keinanderer Beweis des Werths „möglich ist, der Werth des nicht mehr existirenden „Streitgegenstandes, durch den Eid des Siegers bestimmt „wird (92)".

Ist denn die Bestimmung: das heißt hier soviel als: der Beweis: eines Werthes, keine Bestimmung einer Quantität? und ist ein Ergänzungseid, welcher in Ermangelung — ja bei der Unmöglichkeit — jedes anderen Beweismittels, zugelassen und auferlegt wird, ein gewöhnlicher Ergänzungseid? oder ist er nicht vielmehr ein eigener: — nach Schillers Ausdruck: „seine eigne Gattung": oder, — in Martins Sprache —: „eine eigene Eidesart" (93)?

---

bene noch kein Mensch gezweifelt hat! — hervorgehen soll: ist in der Welt nirgends abzusehen.

(92) Hoffentlich wird Niemand es für eine Versündigung am Compendio ansehen: wenn ich dieses „wird" so verstehe, als hätte es den Zusatz „und werden darf".

(93) Ich fürchte nicht: daß Martin mir hierauf erwiedern werde: „ich habe ja dadurch, daß ich diesen Eid, „einen Schätzungseid zu heißen, verbot, noch keineswegs ge„sagt, daß er Ergänzungseid zu nennen sey". Er würde dadurch seinen, oben referirten, Assensus für die Gründe der Widersacher jener Apologeten, zu einer wahrhaft kindischen Wortmummerei herabsetzen: denn während diese Herren ihn,

Und auf welchen Grund baut er seine Behauptung der Rechtmäßigkeit eines solchen Eides? Antwort: auf den Ausdruck „*inopia probationum*“ der l 3. Cod. de rebus cred. (4. 1.): das heißt, auf zwei Worte, wovon längst ausgemacht steht, daß sie keineswegs einen gänzlichen Mangel an allen anderweitigen Beweismitteln, bedeuten (94).

LXXIV.

Ueber die Antretung und Fortführung des Beweises durch Schlußfolgerungen. (§. 222.)

I. Vermöge eines sehr richtigen Tactes (95), oder vielmehr, den Geleisen seiner Vorgänger, z. B. eines Danz, nachfahrend, hat unser Verfasser, im Obigen, seither,

---

durch ihre Argumentationen, von der Nicht-Existenz des fraglichen Wechselbalges überzeugt zu haben, gewähnt hätten; hätte er ihnen bloß soviel zugestanden — daß derselbe nicht Ergänzungs-Eid heißen könne. Wahrlich ein großer Triumph für diese Herrn Argumentatoren! Und — wenn Herr Martin denn doch so gewissenhaft auf die Namen bedacht ist, wie will er es denn sonst getauft wissen, dieses sein Monstrum?

(94) S. Rapp's angef. Dissertation, S. 13 — 18.

(95) Denn die Procedur-Normen des Beweises, worum es sich hier handelt, können sich nicht unmittelbar auf das ideelle Moment des Beweisgrundes, sondern zunächst nur auf das Medium der Beischaffung dieses Grundes, beziehen.

vom §. 182 an bis mit zum §. 221; wie es uns denn auch die Ueberschrift jenes §., und die Skiagraphie (96) ankündigten: in 5 Numern, nicht von den Beweisgründen, sondern von den Beweismitteln, gehandelt. Hier sehen wir ihn nun, nicht ohne Erstaunen, an diese fünferlei Beweismittel, unter Nr. 6, die Schlußfolgerungen anreihen, von denen er, in den vier ersten Zeilen dieses §., und in Uebereinstimmung mit seinem §. 123 d, selber prädicirt, daß sie Beweisgründe vorstellen. Er subsumirt also hier Etwas unter die Beweismittel, was gar kein Beweismittel ist.

Dieser Verstoß, welcher ein materieller und formeller, zugleich, ist, hat sich auch sogleich, dadurch, eclatant, an seinem Urheber, gerächt: daß dieser, von dem Schlußfolgerungsbeweise, in der größten Verlegenheit, folgende Lächerlichkeit prädicirt: „Die Antretung und Fortführung „dieses Beweises muß nur auf die Prämissen gerich„tet seyn; an sich aber muß es (er!) ein Zeugen-Urkun„den oder anderer Beweis seyn“. Was ist nun aber unter diesem »oder anderer“ verstanden? Nach des Verfassers eigener, soeben kritisirter, Subsumtion: unter Anderen, namentlich auch, ein Schlußfolgerungs-Beweis. Wir hätten hier also den merkwürdigen Lehrsatz erfahren, daß ein Schlußfolgerungs-Beweis, an sich, eigentlich auch ein — Schlußfolgerungs-Beweis seyn könne! Risum teneatis amici!

Offenbar wollte der Verfasser eigentlich soviel sa-

---

(96) S. Pagina XXXIX. des Lehrbuches.

(97) S. oben S. 20.

gen: Der Schlußfolgerungs-Beweis bringt keine selbstständige sechste Procedurform mit sich, sondern, je nachdem die Prämissen der Schlußfolgerung, oder die Prämissen dieser Prämissen (97), durch eines, oder das andere, der bisher aufgezählten fünferlei Beweismittel, erhärtet werden, fällt er unter die Kategorie des Zeugen-, des Urkunden-, des Augenschein-, des Kunstverständigen-, oder des Eides-Beweises.

II. Ist es denn aber auch wahr, daß die beiden Beweisprocedur-Stadien, der Beweis-Antretung und Fortsetzung, bei der Species von Probation, welche auf einer sogenannten praesumtio hominis (98) beruht, sich immer bloß auf die Prämissen der zu ziehenden Conclusio, bezieht? Nimmermehr: denn, was hier

1) diejenige Concludirbarkeits-Prägnanz (99) betrifft, deren Anerkennung dem Richter anheimgestellt ist; so muß ja der Producent, nach Martin's eigener Lehre (100), schon im Stadium der Beweisantretung, „dem Gericht alles Das vorlegen, wodurch es in den „Stand gesetzt wird, die Erheblichkeit der gewähl„ten Beweismittel schon jetzt zu prüfen". Nun sind ja aber, (nach Dem, was wir oben auf Seite 236, Litt. a, bemerkten) die Thatverhältnisse, woraus der Richter die erwünschte Conclusio deduciren soll, eigentlich die directen Beweismittel für diesen Beweisgrund; und „die Vor-

---

(98) Denn die Rechts-Vermuthungen schließt ja unser Verfasser, in der Note y des §. 222, hier mit dürren Worten, aus.

(99) Man vergl. oben S. 232 seq.

(100) S. dessen §. 175 ad not. w. u. x.

„legung“ (oder die Andeutung) „der Erheblichkeit“ dieser Beweismittel kann, offenbar, in nichts Anderem bestehen, als in der Erörterung des Producenten: wie aus denselben (vorausgesetzt, daß sie wahr seyen) die fragliche Conclusion, mehr oder weniger bündig, hervorgehe. Hier wäre also wenigstens die Beweisantretung keineswegs bloß auf die Prämissen gerichtet;

2) was aber, zweitens, hier diejenige Concludirbarkeits-Prägnanz angeht, deren Anerkennung vom Gutachten Kunstverständiger abhängt (1); so gilt hiervon a) in Ansehung des Beweisantretungs-Stadii, nicht nur das Nämliche, was ich soeben, unter Nr. 1, bemerkte; sondern es steht noch obendrein zu beachten, daß der Producent, darin, auch einen Expertenvorschlag (2) ꝛc. zu machen habe. b) In Absicht des Beweisfortführungs-Stadii dagegen, steht dem Producenten hier, mutatis mutandis (3), Das, zu thun, zu, was Martin oben, in seinem §. 210; auseinandersetzt.

Hier muß sich also der Producent, noch weniger, ausschließlich bloß um die Prämissen der bezielten Conclusio bemühen!

---

(1) Es soll, z. B., durch Indicien erhärtet werden, daß der reisende Factor eines Handelshauses, das Interesse von letzterem, culpose verwahrlost, oder gar, dolose mit Füßen getreten, habe.

(2) Vergl. Martin's §. 208.

(3) Martin hatte nämlich, bei Abfassung dieses §., höchst einseitig, entweder bloß, oder doch sogut wie bloß, diejenigen Kunstgutachten im Auge, deren Nothwendigkeit, Nutzen und Charakter, oben, auf unserer Pagina 225, angegeben ist: das heißt, deren Inhalt bloße Urtheile, und nicht Schlußfolgerungen, der Experten, ausspricht.

Von den Handlungen des summarischen Processes.

LXXV.

Bemerkungen über das rechtliche Gehör im summarischen Processe. (§. 228.)

Aus dem §., welchen unser Autor „Allgemeine Verfahrungsregeln im summarischen Processe“ überschreibt: springt uns, auf den ersten Anblick, ein dreifacher Verstoß gegen die Wahrheit, ins Auge.

1) Erstens nämlich wird darin, als allgemeine Regel der Verfahrens-Art, das Princip aufgestellt: daß rechtliches Gehör den streitenden Theilen nie ganz versagt, sondern nur beschränkt seyn könne (4). Der ganze unbestimmt-summari-

(4) Hätte der Verfasser hier eine Metaphysik dieser Procedur-Normen liefern, das heißt die Motive angeben wollen, von welchen die Gesetzgebung, bei deren Sanction, ausgegangen ist, so würden wir dieses „sondern nur beschränkt seyn könne“, billig so paraphrasiren müssen: „sondern höchstens nur beschränkt seyn könne“; und alsdann würden wir hier nur einen Formalfehler er-

sche Proceß ist die leibhafte Widerlegung hiervon: denn es genießen hierin, weil es nicht einer provisorischen, sondern einer definitiven, Entscheidung des fraglichen Rechtsverhältnisses gilt, beide Theile (wie durch den Scharfsinn der Herren v. Gönner und v. Grolman längst nachgewiesen ist (5)), eines durchgängig vollständigen rechtlichen Gehörs. — Oder will Herr Martin dieses Gehör vielleicht darum, ein beschränktes nennen: weil es ein mündliches, und kein schriftliches, ist? — —

2) Zweitens gibt der Verfasser zu verstehen (6), als

---

blicken (wiewohl dieses Sätzlein immer das Seichteste bliebe, das je in einer Proceßmetaphysik gestanden!) — So aber, wo er hier, principaliter, abstracte und durchgreifende Regeln des sanctionirten Verfahrens aufstellen will; müssen wir obigen Satz vielmehr so verstehen, als hieße er, „Das rechtliche Gehör ist den streitenden Theilen nie ganz versagt; denn dies konnte nicht geschehen a); wohl aber ist es beschränkt: und dies konnte geschehen. Hierin liegt nun der oben gerügte Materialfehler.

---

a) Martin hat hier offenbar — und fast unwillkührlich (Herr v. Gönner mag diesen Mißgriff seines Copisten verantworten!) — Metaphysik und positive Normen untereinander gemischt.

(5) Vergl. Gensler's Archiv für die civil. Praxis: Bd. II., S. 215, Note 7.

(6) Ich sage: er gibt es zu verstehen: denn eigentlich schließt sein Zwischensatz: welche — — ihrer Form wegen, unzulässig erscheinen: die Zulässigkeit der Behauptung nicht aus, daß auch manche Vertheidigungsmittel, ihrer Materie wegen, unzulässig erscheinen. Allein theils ist dies nun einmal seine (leidige) Art, einen allgemeinen Satz aufzustellen; theils müssen wir diese Worte schon so interpretiren, wie es im obigen Texte geschehen ist;

ob es immer nur seine Form sey, was ein Vertheidigungsmittel, im summarischen Proceß, entweder als zulässig, oder als unzulässig, erscheinen macht.

Hiergegen entlehne ich eine Instanz aus des Compendii eigenem §. 236: wo gesagt steht: daß der Impetrat sich, wider ein, gegen ihn, ergangenes mandatum sine clausula, nur mit solchen dilatorischen Einreden schützen könne, die das Wesen des Processes betreffen. Hier ist es also doch wahrlich nicht die Form, sondern die Materie, solcher Vertheidigungsmittel, was die übrigen dilatorischen Einreden, in diesem concreten summarischen Proceß', als unzulässig erscheinen macht!

3) Drittens endlich enthält sein Satz: daß die, ihrer Form (z. B. ihrer Illiquidität) wegen, hier unzulässig erscheinenden Vertheidigungsmittel, ihrem Inhaber darum nicht immer ganz verloren gehen: eine wahre Blasphemie gegen die Legislation: indem er die Behauptung involvirt, daß jene Unzulässigkeit doch mitunter, diesen Verlust zur Folge habe. Dies heißt nun aber: nicht mehr und nicht weniger, als, den summarischen Proceß für ein Prokrustes-Bett erklären, welches, statt daß

---

wenn nicht unserem Verfasser, statt des Vorwurfes, welchem er ausweichen möchte, der andere zu Schuld kommen soll, daß er, durch schlechte Stellung seiner Worte und durch eine Omission, der nachlässigsten Art, das argumentum a „contrario, beim Schüler, veranlasse: daß mithin die, ihrer Materie wegen, im summarischen Proceß', unzulässig erscheinenden Vertheidigungsmittel, wirklich immer ganz verloren gehen."

Man erinnere sich hier, daß, in Martin's Sprache, auch die Beweismittel des Angegriffenen, Vertheidigungsmittel heißen! S. z. B. dessen §. 176.

andere Bettstellen, je nach dem Längenmaaße vom betreffenden Körper eingerichtet werden, für diesen Körper vielmehr die blutige Folge nach sich zieht, daß er, mit Aufopferung der Integrität seiner Gliedmaaßen, sich nach ihr zuschneiden lassen muß. Nimmermehr hat unsere Legislation solch' eine unsinnige Vernunft-Rechtswidrigkeit, sanctionirt; und Martin wird wohl keinen einzigen Fall aufzuweisen vermögen, wodurch jenes sein „nicht immer" zu rechtfertigen stünde.

LXXVI.

Kann der Arrest nur auf litigiöse Sachen gelegt werden? (§. 230.)

Die Behauptung des Compendii, daß der Arrest, abgesehen von des Schuldners Person, nur auf solche Sachen desselben gelegt werden könne, welche wenigstens litigiös sind: widerstreitet ebensosehr aller bisherigen landläufigen (7) Theorie (8), wie der Vernunft und der Praxis.

Wem ist es unbekannt, daß ich z. B. in Hannover, das Reitpferd eines Franzosen arretiren lassen kann, wel-

---

(7) Denn was irgend einmal, ein einzelner Theoretiker, vielleicht halb schlaftrunken, grundlos niedergeschrieben, kann uns nicht irre machen.

(8) Man vergl. z. B., Danzens summarisch. Proc. Ausg. III. S. §. 99.

cher mir, in Frankfurt, 200 Gulden, für eine, an ihn verkaufte Uhr, schuldig geworden ist, und darauf, über Hannover, die Flucht, nach Hamburg, ergriffen hat? Ist denn aber dieses Reitpferd, in Beziehung auf uns Beide, eine res litigiosa, oder, besser gesagt: diejenige Sache, welche, in unserem Haupt-Streitverhältniß, dessen objectum litigiosum vorstellt? Schwerlich: denn sonst müßte ich das ganze Vermögen (das heißt also, alle einzelnen Bestandtheile vom Vermögen) eines Millionärs, schon durch den simpeln Act, daß ich einen Miethzins von 20 Gulden, wider ihn, einklage, zur res litigiosa machen können (9)! —

LXXVII.

Muß jede Provocation beim Forum des Provocanten angebracht werden? (§. 244.)

Der Satz des Compendii: „mithin kann die Provocation nur bei Provocantens competentem Gerichtsstande angebracht werden“: erscheint aus einem dreifachen Gesichtspunkte tadelhaft.

1) Erstens nämlich insofern, als er nur von Provocantens Gerichtsstande: also im numerus singula-

(9) Man vergl., zum Ueberflusse, den Brissonius, sub voce: litigiosus.

ris: spricht: während dieser doch, fast für alle Sachen, competente Gerichtsstände hat, unter denen ihm sowohl die Praxis als die Theorie, die Auswahl läßt.

2) Zweitens insofern, als er alle Provocationen an einen competenten Gerichtshof des Provocanten verweist; während doch der §. 83. des jüngsten Reichsabschiedes, auf die unzweideutigste Weise, die Möglichkeit anerkennt, daß die provocatio ex lege diffamari, im foro domicilii des Provocaten, angestellt werden könne.

3) Drittens insofern, als er durch das Wort: „mithin", andeutet, als ob dieser, wie bemerkt, unrichtige Satz, aus dem Umstand hervorgehe, daß alle Provocationen den Zweck haben, zu veranlassen, daß Provocat, wider den Provocanten, Klage erhebe. Eher dürfte man fast, aus diesem Umstande, das Gegentheil folgern: denn da, demnach, die eigentliche Klage, etwas, von der Provocation, an sich, so gesondertes ist, wie der Arrestproceß von dem Haupt-Rechtsanspruche, dessen Realisirung, durch ihn, vorbereitet wird; so sollte die Competenz über die Provocation, so unabhängig von der Compentenz über die intendirte Klage, seyn, wie die Competenz über eine Arrest-Imploration, unabhängig von der Competenz über den, durch sie, zu sichernden Hauptanspruch ist, und seyn muß; und da, aus guten Gründen, Der, welcher den ersten Angriff macht, in der Regel, immer dem Forum des Angegriffenen folgen muß; so sollte der competente Gerichtshof der Provocationen, vielmehr immer gerade ein, über die Person des Provocaten competentes, Tribunal seyn.

LXXVIII.

Ueber Martins Darstellung des Possessorium summariissimum. (§. 248.)

Wenn jemals eine Procedur den Charakter eines judicium duplex an sich getragen hat; so ist es diejenige, welche in Deutschland den Namen des possessorium summariissimum führt. Jede von beiden Parteien macht hier durchaus auf denselben Gegenstand Anspruch; und jede sucht, im Wege des Angriffes, sogut wie in dem der Vertheidigung, — das heißt: indem sie, (gestützt auf das behauptete Factum, die jüngste ruhige Besitzhandlung vorgenommen zu haben) bei dem Besitze, provisorisch, geschützt zu werden verlangt, und indem sie das nämliche Factum, welches auch ihr Gegner, in Beziehung auf sich selber, behauptet, negirt: — sich denselben und identischen Gegenstand, mittelst der richterlichen Hülfe, zu sichern: einen Gegenstand, der, wie Herr v. Grolman sehr richtig angegeben hat (10), schon gleich am Eingange dieser Procedur, beiden Theilen, dadurch, vorläufig entzogen wor-

(10) S. dessen Theorie des civilger. Verf. IVter Ausg. S. 412 u. 413.

den ist: daß der Richter ihn entweder sequestrirt, oder beiden Theilen die Ausübung possessorischer Handlungen, auf denselben, untersagt, hat.

Es ist daher ein materieller, und, meines Erachtens, kein leichter, Fehler des Compendii zu nennen, daß es von diesem hervorstechenden, und aus dem Wesen seiner Zweckbestimmung nothwendig hervorgehenden, Charakter dieser Procedur, nicht nur nicht die mindeste Erwähnung gethan, sondern, statt Dessen, vielmehr, durch sein ausschließliches und einsylbiges (11) Anführen eines „unbedingten Mandates“ und „nicht illiquider Ausflüchte“, die Irrmeinung veranlaßt hat, als ob, in der That, der eine Theil hier bloß Angreifer, und der andere bloß Vertheidiger, sey.

Niemand wird aus diesen Zeilen Martins je im Stande seyn, sich auch nur die alleroberflächlichste wahre Idee von dieser singulären Procedur hervorzuschöpfen!

Wie triftig und klar ist dieselbe dagegen, im angeführten §. 238 v. Grolman, theils, in ihrem Gange, dogmatisch geschildert, theils, in ihrer Nützlichkeit, metaphysisch deducirt!

---

(11) Denn durch diese dunkle Einsylbigkeit muß der Schüler natürlich dazu verleitet werden, zu glauben, als sey hier ein solches Mandat und ein solcher Mandatproceß gemeint, wie der §. 234, 35 u. 36. sie schildert.

LXXIX.

Ueber Martin's Darstellung von der Rechnungsprocedur. (§. 249.)

Viele vortreffliche Bemerkungen, welche Herr Staatsrath v. Gönner, über die Bestimmung, den Gang und die Hauptcharaktere, des sogenannten Rechnungsprocesses — das heißt, eines Thema, worüber, beim leider vorliegenden Mangel von positiven Specialnormen, ein bellum omnium contra omnes, unter den Praktikern, herrscht — im Bande IV. seines inhaltschweren Handbuches, aufgestellt hat, sind, meines unmaaßgeblichen Dafürhaltens, noch immer nicht hinreichend, das Ganze in die erwünschte Klarheit zu setzen; und ich bedauere, sehr schmerzlich, daß die geringe Zeit, welche mir, zur Vollendung meiner kritischen Eklogensammlung, noch übrig ist, es mir verbietet, mein Scherflein, zur Herstellung dieser Klarheit, darin niederzulegen. Soviel aber ist gewiß, und soviel kann ich nicht umhin, anzumerken: daß Martins Skizze von dieser Procedur, die Merkmale der chaotischen Verfassung, worin die Theorie derselben noch liegt, auf's Allersichtbarste an der Stirne trage.

Um nämlich nur das Wesentlichste hervorzuheben; so sagt er, auf Seite 389:

1) daß der Anfang dieses Processes mit den Erinnerungen (monita) gemacht werde: und verweist, in der Note o, auf andere Schriftsteller, bei denen erst die Entscheidung geholt werden soll, wer, in Beziehung auf diese Monita, als Kläger, oder als Beklagter, zu betrachten sey. Er stellt es also noch in Zweifel, ob auch der erste Hauptangriff, immer und durchgängig, als Klage zu betrachten sey: denn sonst stünde ja dem Leser die Entscheidung schon in dem Satze des Compendii selber, virtualiter, ausgesprochen: daß eben mit den Erinnerungen, der Anfang gemacht werde! — Wie reimt sich nun dies mit dem A B C des Proceßganges? —

2) und daß jede Erinnerung als eine eigene Klage, oder aber als eine Einrede, zu betrachten sey. Hier erfahren wir es also, mit ausdrücklichen Worten: daß die Schrift, womit, im Processe, der Anfang gemacht wird, allenfalls aus einem Material bestehen könne, welches — eitle Einreden vorstellt! Mithin gäbe es einen ersten Hauptangriff (12), welcher aus Einreden componirt wäre! Wie harmonirt dies nun aber mit der Vernunft, und mit den Elementarlinien unseres Proceßganges? —

---

(12) Denn etwas Anderes kann doch wohl, vernünftigerweise, unter dem Wort: Anfang, nicht verstanden seyn.

Von den

Haupthandlungen der Hülfsvollstreckung.

LXXX.

Ueber die Ausdehnung der Execution auf solche Personen, die von der unterlegenen Partei (wenigstens physisch) verschieden sind. (§. 253.)

Die Darstellung vom Verfahren in der Executions-Instanz, gehört unstreitig zu den gelungensten, in unserem ganzen Lehrbuche: und die materiellen Fehler, welche uns darin auffallen, sind, fast ohne Ausnahme, sichtbar, bloße Uebereilungsproducte.

Nur des Beispiels wegen, sey es mir vergönnt, folgenden herauszuheben. Er sagt, im §. 253: Nur gegen die überwundene Partei „und alle Die, deren Rechte offen„bar, von dem Ausgange dieses Rechtsstreites dergestalt „abhängen, daß ihnen, (im ganzen Reiche der Möglich„keit), eigene Einreden nicht zustehen können, nur gegen „solche kann eine Hülfsvollstreckung Statt finden“.

Wem fällt es hier nicht, beim ersten Anblick, auf: daß, unter solchen Umständen, gegen diese Solche, nun und nimmermehr, eine Execution verhängt werden könnte?

Denn wenn wir auch von denen unbedeutenderen dilatori-Einreden, welche unmittelbar aus dem Proceßrechte fließen, und welche ja jeder Richter, bei Verhängung der Execution, gewärtigen muß, absehen wollen; so ist ja nie, mit voller Gewißheit, vorherzusehen, ob der Exequend nicht jene wichtige dilatorische Einrede, welche nur mittelbar aus dem Proceßrecht, unmittelbar aber aus einem landesherrlichen Privilegio, herrührt: ob er nicht die exceptio litterarum quinquennalium opponiren werde.

Auch kann man die Behauptung des Verfassers von daher impugniren: daß ja, bei der unterliegenden Partei selber, die Möglichkeit von privilegirten Einreden, die Androhung der Execution nicht hindert, und überall kein Grund abzusehen ist, weßhalb diesen Solchen, die bloße Möglichkeit solcher Einreden, die ja doch auch ihnen frei stehen müssen, vorzugsweise, selbst das Erdulden dieser Androhung ersparen sollte. —

Von den Haupthandlungen in der Rechtsmittel-Instanz.

LXXXI.

Ueber den Begriff von „Rechtsmittel“; und über die Eigenschaft der Rechtsmittel, den, ohne sie, Statt findenden Geschäftsgang zu unterbrechen. (§. 263 und 265.)

I. Etwas Schwankenderes kann nicht gedacht werden, als der Begriff ist, welchen Martin mit dem Worte: Rechtsmittel, verknüpft. Im §. 263 sagt er uns: Rechtsmittel sind gerichtliche Verhandlungen welche eine — — gekränkte Partei — — veranlaßt; und im §. 265, belehrt er uns: „die ordentlichen Rechtsmittel veranlassen einen neuen Incidentstreit zwischen den bisherigen Parteien“ ꝛc. Mithin hält er den Rechtsstreit, welcher, durch die Rechtsmittel, zwischen den Parteien, veranlaßt wird, für verschieden von den Rechtsmitteln (: denn das Veranlassende und das Veranlaßte kann doch nicht identisch seyn!) und doch sollen

die Rechtsmittel selber, schon Verhandlungen seyn. Seiner Angabe nach wird also hier, durch eine processualische Verhandlung, ein Rechtsstreit veranlaßt. Da nun aber eine processualische Verhandlung selbst, nichts Anderes ist als ein Rechtsstreit; so bestünde die Rechtsmittel-Instanz aus zweierlei Rechtsstreiten, wovon der eine die Mutter des anderen vorstellte! Welch greulicher Nonsens! Wo kämen wir hin, auf diesem Wege? Wie reimt sich dieses, aus den Martin'schen Worten, klar hervorgehende Conclusum mit der positivgesetzlichen Gestalt unserer Rechtsmittel-Instanz? —

Das Wort: Rechtsmittel, ist offenbar nichts Anderes, als die generische Bezeichnung für die verschiedenen, hier in Frage stehenden, und näher zu signalisirenden, Angriffsmittel wider richterliche Verfügungen (13), welche, in den Augen einer Partei, lädirend sind: ob sie nun, in specie, den Namen: Appelation, Nullitätsquerel, Restitution oder Leuteration ꝛc. tragen: und daher sagt man, namentlich: eine Appellation interponiren, rechtfertigen, u. s. w. — Wenn unter der Appellation: die denn doch, sicher, eine Species von Rechtsmittel ist, die ganze Verhandlung, in der Appellations-Instanz, verstanden, und zu verstehen, wäre: — die Verhandlung, wozu natürlich auch der Rechtfertigungsvortrag mitgehört; — so wäre der Ausdruck: Appellations-Rechtfertigung entweder ein Nonsens, oder das Wort: Appellation, müßte einen weiteren und einen engeren Sinn haben: und von

---

(13) also Beschwerdeführungen.

einer solchen Doppelbedeutung thut das Compendium doch nicht die mindeste Erwähnung!

II. Wenn Martin den Satz aufstellt, daß, durch jedes Rechtsmittel, die, in seinen bisherigen Paragraphen dargestellte, Ordnung der Geschäfte, wenigstens auf eine Zeit lang, unterbrochen werde; so ist dies nichts Anderes, als ein Erzeugniß von einem abermaligen lapsus calami: In allen denen Fällen, wo die Rechtsmittel keiner suspendirenden Kraft genießen: daß heißt, wo die Executions-Instanz, alles Appellirens ungeachtet, vom gewöhnlichen Moment an, eintritt, und ihren Gang vorwärts geht, erscheint nämlich der fragliche Satz unwahr: indem der Umstand, daß das, durch den Geschäftsgang in der Executions-Instanz, unter solchen Umständen, ausgemittelte Resultat, nur provisorische Giltigkeit hat, und revocabel ist, eben diesen Geschäftsgang selber, keineswegs aus dem Geleise seiner Ordnung herausrückt.

LXXXII.

Ueber die accessorische und die Principal-Adhäsion, in Ansehung der Rechtsmittel. (§. 267.)

Die Leichtfertigkeit, womit uns Martin von der Unterscheidung Nachricht gibt, welche manche Praktiker, zwischen der sogenannten accessorischen, und der Principal-Adhäsion, statuiren: soll uns, ohne Zweifel, andeuten, daß auch er, von seiner Seite, der Pütter-Gön-

ner'schen Ansicht beipflichte, welche diese ganze Eintheilung verwirft: indem die vorgebliche adhaesio principalis gar keine Adhäsion, sondern vielmehr eine gegenseitige Rechtsmittel-Ergreifung, vorstelle. Diese Andeutung ist denn auch an sich, gewiß, aller Achtung werth: indem nichts evidenter seyn kann, als die Richtigkeit der bezeichneten Ansicht.

Allein der Materialfehler, welchen unser Verfasser hier begeht, besteht darin, daß er den Gattungsbegriff einer Adhäsion, die, seiner Angabe nach, wieder in die principale, und in die accessorische, zerfallen soll, ganz falsch definirt: indem die von ihm angegebene Bezeichnung einer aedhesio remedii, weder auf die erstere, noch auf die letztere, geschweige denn auf beide, pasiren will.

Er sagt nämlich: „Bedienen sich beide Theile, zu gleicher Zeit desselben Rechtsmittels, wider eben dieselbe richterliche Verfügung; so wird die zuletzt erfolgte Einwendung, Adhäsion genannt.

1) Dies entspricht nicht dem Charakter der Principal-Adhäsion: sowie die Praktiker diesen auffassen: denn, wenn wir, unserem Autor zu Ehren, auch annehmen wollen, daß unter „richterlicher Verfügung" hier der Inbegriff von mehreren Verfügungen gemeint sey (14): so wie er in einem Urtheilsformular enthalten liegt; so erheischen ja die Praktiker, zur Constituirung einer Principal-Adhäsion, keineswegs, daß ihr dasselbe Rechts-

(14) denn daß die Principal-Adhäsion nicht gerade denselben Beschwerde-Punkt, in einem Urtheile, betreffen müsse: ist ohnehin notorisch!

mittel zum Grunde liege: sondern lassen es namentlich zu (15), daß der Principal-Adhärent, qua talis, ein nicht-devolutives Rechtsmittel ergreife, während der Gegner ein devolutives ergriffen hat; und dann heißt ja auch nicht gerade Jeder, der, hinter seinem Gegner her, ein solches Rechtsmittel ergriffen hat, eo ipso, schon Principal-Adhärent; sondern nur alsdann: wenn dieses sein hinterherfolgendes Ergreifen gleichfalls, so wie das vom Gegner, *intra fatale decendii* geschehen ist.

2) Es entspricht aber ebensowenig dem Begriff einer accessorischen Adhäsion: denn wenn wir uns auch, im Widerspruche mit unserer obigen Wortdeutung, dazu verstehen wollten, den Ausdruck „dieselbe richterliche Verfügung“ hier so zu verstehen, als bedeute er: denselben Streitpunkt — dasselbe gravamen — in einer richterlichen Verfügung (16); so sind es ja (17), einmal, widerstreitende Begriffe, daß Jemand sich eines Rechtsmittels „zu gleicher Zeit“ bediene, und es doch „zuletzt anhängig mache“; und dann besteht ja auch der wesentliche Charakter der accessorischen Adhäsion, nicht bloß, schlechtweg, darin, daß das, ihr zum Grunde liegende Remedium zuletzt anhängig gemacht wird, sondern darin: daß dieses „Zuletzt anhängig Machen“ präcise, *post fatale decendii* erfolgt (18).

---

(15) Vergl. z. B. Danzens ordentl. Proc. 4ter Ausg. §. 415.

(16) denn daß dies hier erforderlich sey, hat uns der Verfasser selbst, ganz richtig, im §. 265 angegeben.

(17) zumal nach dem Inhalt von meinem vorigen Entwurfe (No. I).

(18) Vergl. Mehlen: über die Appellation ꝛc. Berlin, 1791. §. 20 u. 21.

LXXXIII.

Etwas über die vollständigen Appellationsprocesse. (§. 279.)

Unter die vielerlei Dinge, welche in unserem Compendio so räthselhaft, mager und haltungslos dastehen, wie ein Mammutsknochen in Schwetzingens sandigter Gemarkung liegt, und wohin ich z. B. sein Separatum, worauf eine Partei, im summarischen Proceß', je nach Umständen, soll verwiesen werden (19), so wie auch sein außerordentliches Rechtsmittel der restitutio in integrum, zähle (20), gehören auch seine „neuern Ausführungen und Beweise“: wovon er uns im §. 281 Erwähnung thut. Er hat namentlich vergessen, daselbst zu bemerken, daß diese neuen Ausführungen, im Vortrage von neuen factischen Rechtsfundamenten, und, in specie, im Vortrage von factischen fundamentis excipiendi, bestehen können.

Hätte er sich Dessen hier, bei seiner Darstellung der sogenannten Appellationsprocesse, gehörig und präcis, besonnen; so würde es ihm unmöglich gewesen seyn, schlecht-

(19) S. z. B. oben §. 228.

(20) S. unten den §. 285 des Compendii.

hin und allgemein zu behaupten: „bei völligen Appel„lationsprocessen hingegen, wird die Appellations-Recht„fertigung als Schlußschrift angenommen, Appellat „dagegen mit einer schließlichen Vernehmlassung ge„hört, und dann, — — das Relevanz-Erkenntniß abge„faßt“: „denn“ (so setzt die Note d hinzu) „seltener gestat„tet man außerhalb Sachsen, Replik und Duplik“.

Leichtfertiger und umsichtsloser kann man sich doch wohl nimmermehr ausdrücken.

Entweder gestattet nämlich der sächsische Proceß hier, auch in solchen Fällen, noch eine Replik und Duplik, wo die Parteien, hinter ihren beiden ersten Schriftsätzen, nichts Nothwendiges mehr vorzutragen haben können; alsdann — begeht der sächsische Proceß insoweit eine ebenso lächerliche als verderbliche Ueberflüssigkeit — eine, zum Fluche des Landes ausschlagende, Alfanzerei. Oder er gestattet sie nur da, wo die Parteien noch etwas Wichtiges vorzutragen haben können: wie z. B. Repliken auf neue Einreden oder Dupliken wider neue Repliken auf neue Einreden: so gestattet er nicht mehr und nicht weniger als das, nach Recht und Vernunft, schlechterdings Nothwendige: das heißt Das, was unser gemeindeutscher Civilproceß, gleichfalls zu gestatten, sowenig unterlassen kann, als er sich zum Gespötte jedes Tertianers machen will, dem es einleuchtend geworden ist, daß auf jeden processualischen Angriff, ein Weg zur entsprechenden Vertheidigung, statuirt seyn müsse.

Auch steht ferner, von der Vernunftmäßigkeit des gemeindeutschen, sowie des sächsischen, Processes, mit Bestimmtheit, zu erwarten, daß in allen denen Fällen,

wo es, in der Appellations-Instanz, zu neuen Beweisführungen kommen muß (sey es nun, daß neue Thatsachen einer solchen bedürfen, oder daß die nova, unmittelbar selber, bloß in neuen Beweismitteln bestanden): außerdem solche processualische Verhandlungen, nicht nur werden „zugelassen", sondern, auf das Bestimmteste, angeordnet werden, wie, seinen Principien und Normen zufolge, eine vollständige Beweisführung sie noch, *extra*, erheischt!

LXXXIV.

Ueber die Einleitungsform der querela nullitatis sanabilis. (§. 282.)

Daß unser Autor, mit Auslassung des Prädicates „ordentliche" die Ueberschrift seines §. 282 bloß, schlechtweg, gestellt hat: „Nicht devolutive Rechtsmittel" mag, obgleich er denselben, im Texte dieses §, sogleich wiederholt, für einen bloßen Uebereilungsfehler gelten: (wiewohl er denselben, bei der Repetition der Auflagen und Correcturen, billig, längst hätte bemerken sollen)! Ebenso möchte es für einen bloßen Formalverstoß passiren, daß er uns, nachdem wir, durch ihn, vom §. 272 an bis zum §. 282, die devolutiven, wie die nichtdevolutiven, Rechtsmittel, das heißt also das A und das non A, (außer welchen es bekanntlich kein tertium gibt!) kens

nen gelernt haben; doch noch ein drittes aufgezählt, welches er „Beschwerde über heilbare Nullitäten“ nennt: denn man könnte,

a) was die Verwerflichkeit der Ueberschrift angeht; sie dahin, in aller Stille, abändern „ordentliche Rechtsmitttel die bald devolutiv, bald nichtdevolutiv, sind“: (denn soviel ist, a priori, klar, daß nur solche hier, unter dieser No. III., vorkommen können, wenn des Verfassers Logik nicht als eine ganz delirirende unterstellt werden soll!);

b) und man könnte, was den groben Mißgriff betrifft, hier, wo es bloß einer systematischen Darstellung der zweierlei verschiedenen Verfahrens-Normen gilt, eine Querel, welche schlechterdings nur in das Geleise von einer oder der andern dieser zweierlei Normen eingeleitet werden kann, der numerirten Schilderung dieser Verfahrensnormen, in einer dritten Nummer, an die Seite zu stellen: gleich als ob sie selber noch eine dritte Verfahrensnorm vorstellte; man könnte, sage ich, diesen Mißgriff (21), jener dialektischen Schwäche

---

(21) Eines ähnlichen macht sich Martin, oben, in seinem §. 233. schuldig, wenn er sagt: „bei mehreren eingeklagten Posten gibt es jedoch auch einen gemischten Mandatsproceß: statt bloß zu bemerken, auf mehrerlei, in einem und demselben Imvlorations-Vortrage, cumulirte Imvlorationen, kann man auch respective zweierlei Mandate erzielen. Nicht eine dritte, gemischte Procedurform gibt es hier; sondern die beiden geschilderten Procedurformen (clausulirter und unclausulirter Mandatsproceß getauft) laufen bloß eine Weile lang: so gut oder so schlecht es gehen mag: nebeneinander her.

unseres Verfassers zuschreiben; auf deren Spuren wir bisher, leider schon allzuoft gestoßen sind.

Allein es artet dieser Mißgriff in einen unbegreiflichen Materialfehler, dadurch aus:

daß Martin, statt, im Texte dieses §. 283, seinen formellen Fehler zu berichtigen: vielmehr darin (22) sagt: „bei einer (23) Nullitätsklage müssen „die Fatalien eines ordentlichen Rechtsmittels beobachtet werden: man mag diese „Klage nun mit einer Appellation, oder „mit einem nicht devolutiven Rechtsmittel, „verbinden".

Hält man nämlich diesen Satz mit dem Inhalte des §. 264 zusammen: wo gesagt steht: daß sowohl die ordentlichen als die außerordentlichen Rechtsmittel, entweder devolutiv oder nicht-devolutiv seyn können, (jenachdem entweder der bisherige Richter, über sie, nicht zu entscheiden, oder aber zu entscheiden hat); so erscheint derselbe als ein wahrer Nonsens: indem auch die querela nullitatis sanabilis in einer Beziehung ein ordentliches, und in anderer Beziehung, zugleich ein devolutives, oder aber ein nicht-devolutives, Rechtsmittel seyn kann: so, daß der Begriff der Verbindung der querela nullitatis sanabilis mit einem devolutiven Rechtsmittel, nicht mehr und nicht weniger verständig klingt: als der Begriff der Vermählung des Buchdruckes mit dem Nachdrucke,

---

(22) Auf Seite 439 des Compendii.

(23) subintellige: solchen

oder der Begriff der Verbindung des Donau-Wassers mit dem Donau-Eise.

Wohl sehe ich ein: daß, durch eine Umänderung der Worte, dieser lächerliche Nonsens zu heben stehe: indem der Verfasser eigentlich, wie mit Händen zu greifen ist, sagen sollte, und, wahrscheinlich, auch wollte: daß bei einer solchen Nullitätsquerel die respectiven Fatalien der ordentlichen Rechtsmittel zu beobachten seyen: ob man dieselbe nun in das Procedur-Geleise von ordentlichen Devolutiv- oder aber von ordentlichen Nichtdevolutiv-Rechtsmitteln einleite: und daß dieser Materialfehler, in letzter Instanz, und beim Lichte betrachtet, sich am Ende gleichfalls in einen Formalfehler auflöse. Allein ich sehe auch sehr klar, daß, wer seine Begriffe so chaotisch vorträgt, und seiner Sprache so wenig Herr ist, daß er in solche Fehler, selbst als bedächtiger Feder-Jurist, versinken kann; von jeher sehr wenig Freude, am Erfolge seiner mündlichen Stegreif-Demonstrationen erlebt haben könne; und daher schon insofern ein äußerst parteiischer und verdächtiger Richter sey, wenn es gilt, über Werth oder Unwerth der Oeffentlichkeit aller Rechtspflege, und über Wichtigkeit oder Unwichtigkeit der gerichtlichen Eloquenz, zu entscheiden. —

Von den Zwischenhandlungen.

LXXXV.

Muß der Richter eigentlich immer früher perhorrescirt werden, als man sich vor ihm einläßt? (§. 287.)

Wenn irgend eine Bemerkung, in unserm Compendium, auffallend ist, so muß es die seyn: daß man den Richter, wegen seiner Verdächtigkeit, eigentlich eher verwerfen sollte, als man sich vor ihm einläßt. Wie konnte es dem, durch lange Erfahrung, geschärften Blicke des Verfassers entgehen, daß dieses Gebot, in der Hälfte aller betreffenden Fälle, nicht mehr und nicht weniger als eine absolute Unerreichbarkeit des, der Legislation vorschwebenden, heilsamen und nothwendigen Zweckes vom Perhorrescenz-Institut', und dadurch einen unabsehbaren Jammer, über den gefährdeten Bürger und Proceßführer, herbeiführen würde?

Wie viele dutzend Male geräth eine beklagte Partei erst mitten im Laufe des Processes, auf die unseelige Spur einer, der gegnerischen Klage schon vorangeschick-

ten Bestechung des Richters? Wie mancher verschmitzte Hebräer hat den Herrn Richter erst mitten im Laufe der Procedur, glücklich bewogen, sein (furchtbarer) Schuldner zu werden? Wie häufig geschieht es, daß ein leidenschaftlicher, jähzorniger Richter erst mitten in der Proceßinstruction, in einen sichtbaren Haß gegen eine, ihres Benehmens wegen, ihm mißfällige Partei (z. B. einen Gantmann, oder einen vorgeblichen Wucherer oder Ehebrecher) ausbricht; oder daß ein Richter, von allzu zärtlicher Gemüthsart, durch Koketterie und Thränen einer weiblichen Proceßpartei (z. B. einer Nimphe die auf Heirath, oder Entschädigung, wegen erlittener Schwängerung, klagt) erst im Laufe des Processes, sich zu einer, mehr als verdächtigen, Rührung hinreißen läßt? Wie wenig selten ist es, daß während der Dauer eines deutschen, das heißt oft, eines fünf- und sechsjährigen Processes, zwischen dem Richter und der einen Partei, plötzlich oder allmählig, Bande der Freundschaft oder der Verwandtschaft angeknüpft werden, die, bei dessen Anfang, noch kaum zu ahnen standen.

Und in dergleichen Fällen sollte das Perhorrescenzgesuch, wozu die geängstigte Partei, leider zu schreiten gedrungen ist, ein verspätetes seyn? —

LXXXVI.

Bemerkungen über Martins Theorie von den Interventionen. (S. 292.)

Wenn ich es auch meinen Sehkräften zutraute, mit einer Lehre, die, geradeso wie die Theorie vom Rechnungsproceß', ein mehr als halbhundertjähriger Zankapfel der berühmtesten Processualisten ist: mit der Lehre von den Interventionen: jene genaue Musterung gehörig vorzunehmen, wie Herr v. Grolman sie (24) für wünschenswerth, und nöthig, erklärt hat; so gebricht es mir, zu diesem Unternehmen, doch, auf jeden Fall, für jetzt, an Zeit; und ich muß mich wohl auf folgende wenige Bemerkungen beschränken.

I. Die Intervention ist das gewaffnete Eindringen in eine Rechtsverfechtung Anderer (von A contra B): zum Behufe des Verfechtens von eigenen Rechtsinteressen. — Dieses Eindringen ist, nach der Natur der Sache, bildlich ausgedrückt, schlechterdings nur auf zweierlei

(24) auf S. 243 u. 247 der neusten Ausg. seines Lehrbuches.

Weise möglich: a) entweder nämlich so, daß ich meine Waffe — sey es nun ein Angriffsschwerdt, oder ein Vertheidigungsschild — an die Waffe der einen von diesen Parteien (des A oder des B) andrücke, und gemeine Sache mit ihr, wider den Gegner, mache; b) oder so, daß ich mit einem Angriffsschwerdte mitten zwischen ihren beiderseitigen Waffen hindurchhaue, um, ihnen Beiden Trotz bietend, Das zu erlangen, worum sie sich bisher schlugen. Eine dritte Procedur läßt sich nicht denken. Darum konnte denn auch unsere Proceßlegislation durchaus nur zweierlei Interventionen einführen: nämlich die, welche dem Falle unter a) entspricht (die *i. accessoria*) und die, welche dem Fall unter b) correspondirt (die *i. principalis*).

Wohl aber ist es sehr denkbar a) daß ich etwa den Zweck meines Intervenirens (nämlich das Geltendmachen meines Rechtsinteresse) in der einen, wie in der anderen Form, des Eindringens, erreichen könne: indem ja z. B. der A auf den B, seinen Angriff wegen einer Sache, die mein (des C) Eigenthum ist, unter Anderen, auch darum gemacht haben kann, um eben mir mein Eigenthum zu sichern;

b) ebenso: daß mein fragliches Rechtsinteresse mir, an sich, sogar die Möglichkeit offen lasse, es entweder mit Angriffs- oder mit Vertheidigungswaffen, und entweder in der Angriffs- oder in der Vertheidigungsrolle, zu verfechten: indem ja eine große Masse von Rechten, ihrem Inhaber, sogut das Schild wie das Schwerdt, an die Hand geben;

c) und drittens endlich, daß die Legislation dem C, in allen Fällen, wo er, mit der einen sogut wie mit der anderen Eindringens-Procedur, zu seinem Zwecke kommen kann, freie Wahl lasse, welche von beiderlei Formen er eingehen wolle.

Diese Wahl hat denn auch unsere Legislation dem Interventionscandidaten (C) wirklich gelassen; aber — um mich gelinde auszudrücken — eine schwere Versündigung an der Logik, und an dem Aufklärungsbedürfnisse des Schülers, ist es doch fürwahr, darum von der Existenz einer dritten vermischten Eindringens-Form (intervention mixta) zu sprechen, weil der Eindringer zuweilen die Wahl hat, welche von beiden der allein existirenden zweierlei reinen Formen, er vorziehen wolle!

Was würden wir von einem Technologen denken, der uns berichtete: es gibt dreierlei Arten des Oehlschlages: nämlich 1) den Kalt-Schlag; 2) den Warm-Schlag und 3) den gemischten — den Kalt-Warm-Schlag: letzteren nämlich insofern, als es dem Oehlmüller frei steht, der Oehlfrucht, entweder den Kaltschlag, oder aber den Warmschlag, zu appliciren? —

Mittermaier (25) meint zwar hiergegen, daß die gemischte Intervention diejenige sey, wo der Intervenient allerdings ebensogut principaliter, wie accessorisch, eindringen könnte, um sein Rechtsinteresse zu verfechten, die accessorische Form aber gern verzöge; jedoch, wegen

---

(25) S. die vier und zwanzigste Abhandlung vom Bde. II. des Genslerschen Archivs für die civ. Prax. (pag. 256. seq.).

der Zweifelhaftigkeit, worin er sich in Absicht der Gesinnungen Desjenigen, welchem er accediren möchte, befindet, noch nicht weiß, ob dies thunlich und rathsam sey, mithin erst einen präjudiciellen Vorstreit, mit eben diesem seinem erwünschten Littsconsorten, über ihr beiderseitiges Rechtsverhältniß, zu führen hätte, bevor er sich über die Form seines Intervenirens, bestimmt, entscheiden kann.

Seiner Meinung nach bestünde also, bildlich ausgedrückt, die interventio mixta darin, daß der Intervenient, wie mit einem Rundhiebe, auf dem Absatze sich herumdrehend, zwischen die bisherigen Fechter blindlings hineintaumelte, und ihnen, vor der Hand, bloß bewiese, daß er ein Interesse habe, auf die eine, oder auf die andere Weise, zwischen ihre Waffen einzudringen; alsdann aber sofort begehrte, daß der Eine von Beiden sich zuerst extra, und vorläufig, mit ihm duellirte, auf daß er, durch das Resultat dieses Vorkampfes, in den Stand gesetzt werde, sich zu entscheiden, wie er eigentlich die wirklich sogenannte Intervention vorzunehmen habe: dergestalt, daß dieses blinde, cirkelförmige Eindringen und der, darauf folgende, Vorkampf, selbst eine eigenthümliche Procedur bilde, und mithin wirklich eine, eigentlich so zu nennende, gemischte Intervention herauskomme.

Allein, um alles Andere, was altioris indaginis ist, zu unterdrücken, bemerke ich, hierwieder, nur Folgendes:

1) Unsere Legislation kennt wohl ein Recht zum accessorischen oder zum principalen Interveniren, und eine Pflicht der bisherigen Proceßparteien, sich, mit Unterbrechung ihres Rechtsstreites, allenfalls in eine präjudicielle

Verhandlung über das Interesse eines Interventions-Candidaten, entweder, respective, zu der accessorischen oder zu der principalen Intervention, einzulassen. Davon aber weiß keine Gesetzgebung und keine Praxis, daß dieser Candidat, bloß um seines größeren Vortheils, oder seiner mehreren Bequemlichkeit, willen (denn es steht ihm ja frei, sogleich, präcise principaliter zu interveniren!) bloß ein alternatives Interesse des Intervenirens darzuthun brauche, und sodann die Parteien — vorzüglich aber diejenige, wider welche er eventuelle Lust bezeugt, accessorisch zu interveniren — zwingen könne, mit Unterbrechung ihres Hauptprocesses, erst den Ausgang eines ganzen Rechtsstreites abzuwarten, wodurch der Herr Candidat — vorerst bloß über die Zweckmäßigkeit oder Nicht-Zweckmäßigkeit, Möglichkeit oder Unmöglichkeit, eines accessorischen Intervenirens aufgeklärt werden soll! — Vor der Hand muß uns dieses ganze Institut daher, billig, als ein monstrum in jure erscheinen. —

2) Gesetzt aber auch, das neu ersonnene Institut dieses Vorstreites wäre, wirklich, ein legales und statthaftes; so gäbe es darum noch immer keine gemischte Form des eigentlichen Intervenirens selber: da Letzteres, nach Beendigung dieses Vorstreites, doch immer nur, entweder ausschließlich im Geleise der einen, oder aber ausschließlich im Geleise der anderen, von jenen beiderlei Formen, vor sich gehen muß: indem jenes unbestimmte, cirkelhiebförmige Eindringen noch immer kein immittelbares Verfechten des fraglichen (per eminentiam sogenannten) Privatrechtes, vom Interventionscandidaten,

selber, seyn würde, (denn dieses kann, wie gesagt, nur in einfacher, ungemischter Form geschehen!) sondern zunächst bloß ein Bahnbrechen zur Durchsetzung der processrechtlichen Befugniß, die bisherigen Parteien zur Unterbrechung ihres Processes zu nöthigen, damit für den fraglichen (von uns monströs genannten) Vorstreit, mit der einen Partei, Zeit und Luft entstehe.

II. Unwahr ist es, was Martin behauptet (26), daß jede Intervention, bei ihrem Candidaten, oder Urheber, ein gegenwärtiges Recht voraussetzt: denn eine interventio accessoria, welche an der Seite des bisherigen Beklagten geschehen soll, ist oft vielmehr, umgekehrt, auf eine Verbindlichkeit des Intervenienten, und keineswegs gerade auf eine gegenwärtige Verbindlichkeit (das heißt, auf eine Verbindlichkeit, von welcher z. B. die conditio schon eingetreten ist), bedingt. Nichts steht gewisser, in der gesammten Jurisprudenz, als daß z. B. ein Hausverkäufer, welcher auf den Fall der Eviction dieses Hauses, seinen Käufer zu entschädigen, verpflichtet ist, in einem, wider den Letzteren, durch einen Dritten, erhobenen Vindicationsproceß, kraft dieser seiner suspensiv bedingten Obligatio, accessorisch interveniren dürfe.

III. Ebenso unrichtig ist es endlich, wenn unser Verfasser, durch seine Worte: „die Intervention muß wenigstens gegen den Einen der ursprünglich streitenden Theile gerichtet seyn“: zu verstehen gibt: als sey jeder Angriff,

---

(26) Ad not. d seines §. 292.

welcher gegen einen der bisher streitenden Theile (nota bene: mitten in deren Proceßverhandlungen) geschieht, schon eine Intervention. Mit den allerevidentesten Gründen hat nämlich H. v. Gönner (27) hiergegen bewiesen, daß die Principal-Intervention jedesmal gegen beide streitende Theile gerichtet seyn müsse, und also gar keine Intervention sey, wenn sie nur wider einen derselben gerichtet ist.

Mittermaier (28) stimmt zwar dem Compendio hierin bei: indem auch er meint, „daß sich sehr wohl Fälle „einer Principal-Intervention denken lassen, welche nur „gegen einen der ursprünglich streitenden Theile gerichtet ist". Statt Herrn von Gönner mit Gründen zu widerlegen, beruft er sich also auf Fälle. Als ein Beispiel von solchen Fällen führt er aber folgenden (aus Martin's Proceßmagazin entlehnten) an:

„A bestellte dem B die erste, und dem C die zweite „Hypothek an derselben Sache. C nimmt hierauf den „Schuldner A mit der actio hypothecaria in Anspruch; „und nun will B, als Intervenient, in der Executions-„Instanz, seine ältere Hypothek nur soweit geltend ma-„chen, daß C diese Sache nicht in Besitz bekomme".

Wie war es möglich, daß es dem Scharfsinne der Herrn Martin und Mittermaier entgehen konnte, wie es keineswegs eine interventio principalis, sondern

---

(27) Siehe den von Martin angeführten Bd. I. seines Handbuches: Abhandl. 18, §. 5 u. 6.

(28) S. Genslers Archiv l. c. Seite 259.

vielmehr eine accessoria, sey, was der B, unter diesen Verhältnissen, vorzunehmen hat: und zwar eine solche, die dem Beklagten, gegen den Kläger, zu Hülfe kömmt? Jede Principal-Intervention ist ja, nach Martin's eigener Lehre (29), eine ganz neue (oder, wohl besser gesagt: eine ganz eigene) Klage; eine Klage aber ist das angriffsweise gerichtliche Ansprechen der Realisirung eines, ihrem Autor eigenthümlich zustehenden, Privatrechtes (dieses Wort in sensu eminenti genommen) zum eigenen Vortheile des Klägers. Jeder Angriff von mir setzt also voraus: 1) daß mein Gegner, die anzugreifende Partei, sich, zu meinem Verdruss', in einer Position befinde, woraus ich ihn werfen muß; und 2) daß ich dieses Auswerfen zu meinem eigenen Vortheile exercire. Im vorliegenden Falle fehlt es ja aber, offenbar, an diesen beiderlei Requisiten einer Klage, zugleich: denn nicht der C, (welcher, nach Martins Meinung, klägerisch attakirt werden soll!), sondern der A, ist im Besitze der verpfändeten Sache; und es ist dem B keineswegs darum zu thun, sich selber in diesen Besitz zu versetzen; sondern bloß den C davon entfernt zu halten, oder, mit anderen Worten, den A, in seiner Besitz-Position, zum Verdrusse des C, und trotz dem Angriffe desselben, zu erhalten. B sucht also nicht anzugreifen, sondern zu vertheidigen: sein Zweck ist völlig derselbe wie der des A; er hat mithin ganz die nämliche Parteirolle mit demselben zu übernehmen; er hat, an der Seite des A, accessorisch zu interveniren!

---

(29) S. dessen §. 293, pr.

Wir haben hieran einen Fall der sogenannten interventio mixta; das heißt einen solchen, wo es in des Interventionscandidaten freier Wahl stund, principaliter, oder accessorisch, einzudringen: das heißt, die bestrittene Position entweder, trotz beiden bisherigen Parteien, für sich selber, angriffsweise in Anspruch zu nehmen, oder aber, dieselbe, der einen Partei, wider die andere, eindringend verfechten zu helfen; und wo er, kraft des freundschaftlichen Verhältnisses, mit dieser einen Partei, es vorzieht, von seinem Rechte bloß diese letztere Art von Gebrauch zu machen, — seiner Rechtsverfechtung bloß diese Tendenz zu geben, — bloß diese Secundantenrolle zu übernehmen (30).

---

(30) Ungleich pikanter wird der Handel, wenn wir uns, statt einer verpfändeten Sache, die Hand eines schönen Mädchens denken, welche zweien Nebenbuhlern, hintereinander, wiewohl dem früheren freiwillig, dem späteren oder halb zwangsweise, versprochen worden ist. Klagt hier der Spätere auf Sponsalienerfüllung; so wird der Aeltere sich weislich der Lächerlichkeit des principalen Intervenirens, das heißt des Angreifens von allen beiden Theilen, — des männlichen und des weiblichen, — enthalten: weil er ganz gründlich weiß, daß der stärkste Grund, weßhalb sich die weibliche Partei gegen die zwangsweise Erfüllung so leidenschaftlich vertheidigt — eben der ist, daß sie ihm eine sehr zwanglose Erfüllung ihres Verlöbnisses gewähren möchte. —

LXXXVII.

Ueber die Form des Calumnieneides. (§. 301.)

Zur gewöhnlichen, das heißt, regelmäßigen, Form des Eides, gehört es bekanntlich, daß er von solchen Proceßparteien, denen eine physische Prosonalität zukömmt, nur in Person, und nicht durch einen Bevollmächtigten, ausgeschworen werden kann: und gerade nur der Calumnieneid bildet die alleinige Ausnahme von dieser Regel.

Diesen Satz hat Martin auch, ganz richtig, unter Berufung auf den §. 43, des jüngsten Reichsabschiedes, theils in der Note d seines §. 203, theils ad not. f seines §. 219, anerkannt. — Dennoch war es ihm möglich, am Schluffe des gegenwärtigen §. 301, mit dürren Worten, zu lehren: „Die Ableistung des Calumnieneides geschieht auf die gewöhnliche Art“: was denn doch soviel heißen soll, als: geschieht immer in der gewöhnlichen Form.

Sollte man nicht glauben: er wolle das Organ, wodurch ein Eid abgeleistet wird, zu des Eides Materie rechnen? —

Uebereilungsfehler und Widersprüche, dieser hand-

greiflichen Art, sollten doch wohl billig in einem Lehrbuche nicht vorkommen, dessen Verfasser sich eines so »ernstlichen« Verbesserungsstrebens rühmt!

LXXXVIII.

Etwas über die provisorischen Verfügungen.

(§. 302.)

I. Bis jetzt habe ich mich, wie kein sachkundiger Leser es übersehen haben kann, aller häufigen Versuchungen ungeachtet, von einer speciellen (31) Formalkritik des Compendii, sorgsam enthalten. Hier aber, bei Gelegenheit der systematischen Stellung der sogenannten „provisorischen Verfügungen“ wird diese Versuchung allzugroß, als daß ich ihr zu widerstehen vermöchte.

Der geringste Formalverstoß, welchen Martin hier begeht, ist nämlich der, daß er (32) als vierte Hauptspecies der Zwischenhandlungen, das heißt, seiner eigenen Definition (33) zufolge: „derer außerordentlichen Verhandlungen, welche ganz weg-

---

(31) Denn, in Folle, habe ich mir eine solche, wiewohl nur aus einem einzigen Gesichtspuncte, freilich schon oben, entschlüpfen lassen.

(32) S. seine Ueberschrift dieses §. 302.

(33) S. seinen §. 286.

„bleiben, in jedem Proceß-Abschnitte aber „Statt finden können und an keine bestimmte „Stelle gebunden sind: daß er also, sage ich, als vierte Hauptspecies von bestimmten Proceß-Verhandlungen, hier die provisorischen Verfügungen aufführt: gleich als ob eine bloße richterliche Verfügung eine Verhandlung ausmachte, und als ob es sich hier bloß um die Form gewisser richterlicher Verfügungen, und nicht zugleich auch um alle Parteien-Acte, handelte, welche sich unmittelbar auf diese Verfügungen beziehen! — Dieser Verstoß liesse sich, da er in dem übelzeitigen Gebrauch einer συνεκδοχη besteht, allenfalls mit der licentia poëtica entschuldigen (34), und steht, auf jeden Fall, dadurch leicht zu verbessern, daß man diesen Paragraphentitel dahin ändert: „Verhandlungen welche provisorische Verfügungen betreffen“.

Einen sehr wesentlichen Formalfehler erblicke ich dagegen in folgendem dreifachen Umstande:

1) daß der Verfasser, vermöge seines Subsumirens der Theorie von den Provisoriis, unter eine Kategorie, welche der Aufstellung der Procedurnormen bestimmter außerordentlicher Proceßhandlungen (nämlich der Zwi-

---

(34) wiewohl die poetische Liebhaberei sonst eben nicht die schwache Seite unseres Verfassers ist: wenn wir anders aus dem verächtlichen Wort Gaukelspiele, womit er (in der fünften Zeile seiner fünften Vorrede) die gerichtliche Plaidoirie der Neufranken, zu belegen geruht hat, einen Schluß auf seinen lebhaften Widerwillen vor Allem, was nicht fasciculirt werden kann oder ins Pfundgewicht fällt, zu ziehen, befugt sind.

schenhandlungen) gewidmet ist, zu verstehen gibt, als ob die Procedurnormen der Provisoria ganz besondere — eigenthümliche — Normen seyen, — als ob sie nicht, insgesammt, unter die eine oder die andere Species der summarischen Procedurnormen gehörten — ja als ob nicht einige der, von ihm selbst aufgeführten, summarischen Procedurnormen, nämlich der Arrestproceß (35), und das possessorium summariissimum (35), gerade nur specielle bestimmte Procedurnormen von bestimmten *provisoriis* judiciis (37) oder, kürzer gesagt (denn den Inbegriff von gewissen Procedurnormen pflegt man ja gerade Proceß zu nennen!) Provisorienprocesse seyen.

Es erscheint dieser Fehler umso unbegreiflicher und unverzeihlicher, da die §§. 231 – 247 von H. v. Grolmans vortrefflichem Compendio, unserem Autor den allerdeutlichsten und allerunabweisbarsten Fingerzeig zu dessen Vermeidung, oder vielmehr Verbesserung, abgeben konnten!

2) daß der Verfasser nicht, auf eine specielle und präcise Weise, die verschiedenerlei Tendenzen dieser Provisoria, sowie deren mannigfaltige Procedurformen, angegeben, und daß er, namentlich, z. B., von der processualischen Natur der Sequestration (38), zu reden, gänzlich unterlassen hat;

---

(35) S. oben §. 229 u. ff. des Comp.

(36) S. oben §. 247 des Comp.

(37) Vergl. des *Vinnius* partitiones jur. civ. Roterod. 1664. S. 456.

(38) Nur eben der Name: Sequester, findet sich, am Schluße seines §. 231, aufgeführt.

3) und daß der Verfasser alle Provisorien unter den Begriff von Zwischenhandlungen reiht; während es darunter doch solche gibt, die, ihrem Wesen nach, dem ganzen Rechtsstreite vorangehen müssen: wie namentlich das Gesuch eines Curanden um Bestellung eines curator *ad hoc:* zum Behufe der Möglichkeitsherstellung von einer Procedur wider seinen betrügerischen, bisherigen Gesammtcurator.

II) Die Aufzählung des Compendii, von den verschiedenerlei Motiven des Gestattens und Veranstaltens der Provisorien, trägt, schon auf den ersten Anblick, das Gepräge der Unvollständigkeit: denn die Wünschenswürdigkeit der provisorischen Alimentation, oder einer provisorischen separatio a thoro et mensa, paßt weder, eigentlich, unter die Kategorie des Verhütenwollens von öffentlichen Unruhen, noch des Bestrebens vom Möglichmachen, oder Erleichtern, späterer Proceßhandlungen!

Vom Concursprocesse.

LXXXIX.

Müssen die Vindicanten sich nicht in den Concursproceß einlassen? (§. 311.)

Vollkommen richtig hat Martin, in seinem §. 310, die Zweckbestimmung des Concursprocesses dahin angegeben, daß, ihm zufolge, „die unzureichende Vermögensmasse eines Schuldners, unter dessen verschiedene Gläubiger, nach Maaßgabe vom Vorzugsrecht eines Jeden derselben, vertheilt werden solle“. Dieser Zweckbestimmungs-Angabe widerstreitet aber die Behauptung, welche er in der Note y seines §. 311, aufstellt: daß nämlich die Vindicanten sich folglich in den Concursproceß nicht einzulassen haben: auf die sichtbarste Weise.

Wenn wir nämlich auch

1) davon, wie billig, absehen, daß unter dem Worte: Vindicationen, in dessen weitester Bedeutung, alle processualischen Verfolgungen von dinglichen Rechten verstanden werden die (dinglichen) Hypothecarrechte aber, im Concursprocesse, bekanntlich geltend gemacht werden

müſſen: dergeſtalt, daß die Behauptung: „es nehmen keine Vindicanten an dieſer Procedur Theil“: als unwahr erſcheint; ſo iſt es doch, im höchſten Grade, unzuläſſig, und verwerflich, wenn uns der Verfaſſer, aus dem Satze: daß nur die Gläubiger des Cridars ſich in den Concurs einlaſſen, die Folgerung ziehen will, daß alſo die (Eigenthums-) Vindicanten keinen Theil daran nehmen: denn da, wie bemerkt, die hypothecariſch Berechtigten allerdirgs auch als ſolche, und nicht bloß allein als perſönlich Berechtigte, im Concurs, aufzutreten haben; ſo muß Martins obiger Ausdruck: „Gläubiger“, ſchon in einem weiteren Sinne genommen ſeyn: worin er nicht bloß Inhaber von perſönlichen Rechten, ſondern auch dinglich Berechtigte, befaßt. Wenn nun aber doch ſchon einmal dinglich Berechtigte, unter dem Begriffe von Gläubigern, enthalten ſtehen; ſo kann es wahrlich durch einen ſimpeln Vernunftſchluß nicht herausgebracht werden, daß gerade diejenigen dinglich Berechtigten, deren Recht ein Eigenthum iſt, von der Zahl der Concursgläubiger ausgeſchloſſen ſeyen!

2) Hierzu kömmt aber noch folgende, ungleich entſcheidendere, Betrachtung. Soll, wie dies wirklich der Fall iſt, im Concursproceß', die unzureichende Vermögensmaſſe, unter eine beſtimmte Zahl von Creditoren, normalmäßig vertheilt werden; ſo muß dieſem Proceſſe, nothwendig, ein gedoppeltes Haupt-Problem vorſchweben:

a) die Ausmittelung der Größe, von der vorhandenen Vermögensmaſſe ſowohl, als von ihrer Zulänglichkeit oder Unzulänglichkeit;

b) die Ausmittelung von dem gegenſeitigen

Verhältnisse der verschiedenen Ansprüche jener Creditoren, an diese Vermögensmasse.

Hier könnte man nun freilich die Ansicht festhalten, daß, zur „Vermögensmasse“ eines Menschen: strenge genommen: dessen bloße factische Possessions-Exercitien nicht zu rechnen seyen, oder, deutlicher ausgedrückt: daß der Inbegriff der Objecte seiner Vermögensrechte nicht auch diejenigen Dinge umfasse, woran ihm bloß eine (civilis oder naturalis)-possessio, und kein festes Recht, zusteht: so daß mithin die Ansprüche von Solchen, welche, kraft ihres Eigenthumsrechtes, denselben aus seinem Besitze dieser Dinge zu entsetzen, befugt sind, nicht „Ansprüche an seine Vermögensmasse“ heißen und vorstellen könnten.

Daraus würde denn allerdings folgen, daß die Vindicanten in das Gebiet unseres eben genannten zweiten Problemes von der Concursprocedur, überall nicht einschlügen. In das Gebiete vom ersteren dieser beiden Probleme, würden sie hingegen, ohne Zweifel, fallen: da man, um den reinen Betrag des eigentlichen Vermögens, wie es sich nach Abzug der bloßen Besitzthümer herausstellt, zu eruiren, alle Die, welche etwa ein Eigenthumsrecht an Dingen, welche sich in der, dem Gantmann, aus der Hand genommenen (zu sichtenden) Masse, nachweisen können, auffordern muß, dieses ihr Recht processualisch geltend zu machen.

Man könnte den Begriff von Vermögen hier aber auch vielleicht laxer auffassen, und darunter die gesammte, rohe und ungesichtete Masse von Werthen verstehen, welche sich in des Gantmannes Hand vorgefunden hat: gleichviel ob er nun ein festes Recht daran habe: oder nicht:

oder — wohl richtiger gesprochen — man könnte von der Ansicht ausgehen, als ob der Concurs, präcis genommen, nicht sowohl die gehörige Vertheilung von der Vermögensmasse des Gantmannes, als vielmehr von der, in des Gantmannes Recht oder Besitz vorgefundenen Vermögensmasse, beziele.

Dieser Ansicht zufolge würden die Vindicanten in das Gebiet vom letzteren sowohl, als vom ersteren, der genannten Hauptprobleme des Concursverfahrens, fallen: denn es ist alsdann ebensogut zu erforschen: wieweit etwa durch feindlich entgegenstehende Eigenthumsansprüche die fraglichen Besitzthümer absorbirt werden; als: in welchem Verhältnisse diese Eigenthumsansprüche, theils gegenseitig, theils zu allen anderweitigen Ansprüchen, stehen, deren gemeinsames (wiewohl in Summa unzulängliches) Befriedigungsmittel jene Rechts- und Besitzthümermasse bildet.

Diese letztere Ansicht scheint mir nun, in der That, unseren gemeindeutschen Concursproceßnormen zur Basis zu dienen: denn wie wäre es sonst, vernünftigerweise, möglich, daß, zufolge dieser Normen, das Urtheil über Liquidität und Vorrang der Eigenthumsansprüche, einem Urtheile (dem Prioritätsbescheid) einverleibt würde, das keineswegs einem Ausspruch über Appartinenz oder Nichtappertinenz, von bestimmten Dingen, zur Masse, gewidmet ist, sondern, der Hauptsache nach, bloß einer Decision in Hinsicht der Liquidität, und des gegenseitigen Ranges, der verschiedenen, an die Masse erhobenen Ansprüche; und wie wäre es möglich, daß man die Entscheidung über eine Vindication, — das heißt über einen, alsdann völlig heterogen und separat erscheinenden Punct, — zur wahren Folter für den armen Vindicanten, bis zu dem, oft

schrecklich lang entfernten, Zeitmoment aussetzte, wo sie einen pars ingrediens vom — Prioritätsurtheil abgeben kann: — von einem Urtheile das (der gegnerischen Ansicht nach) eigentlich bloß dem Ausspruch über Forderungen an das wahrhafte Vermögen, (und nicht an bloße Besitzthümer) des Cridars, gewidmet ist? —

Wie Dem aber auch sey: immer bleibt es eine verwerfliche Behauptung, daß Leute, die ihre Ansprüche, im Lauf' eines Processes, geltend zu machen, aufgefordert werden, und auch wirklich geltend machen, und die tief im Laufe dieses Processes ihr Urtheil über diese Ansprüche abzuwarten haben und erhalten, in diesen Proceß »sich nicht einlassen«.

LXXXX.

Etwas über den Moment und die Bedingungen der Eröffnung des Concursprocesses.

(§. 312.)

Niemals ist eine gefährlichere Behauptung frevelhafter aus der blauen Luft hervorgegriffen worden, als der Satz des Compendiums, daß der Concursproceß schon alsdann über einen Schuldner zu eröffnen sey, wenn sich, nach einer Verhandlung über dessen Solvenz, zeigt, daß, nach Abzug des Schuldenbetrages, nur wenig Ueberschuß für denselben bleibe, auch dessen hauptsächlichere Gläubiger nicht kunden wollen.

Daß dieſer Satz, in zweifacher Hinſicht, einen Nonſens involvire: mag nur im Vorbeigehen bemerkt werden. Bleibt nämlich dem Debitor, nach Bezahlung ſeiner, gerichtlich gegen ihn aufgetretenen Gläubiger, noch ein Ueberſchuß; ſo iſt gar nicht abzuſehen, weßhalb auf deren Stundungsluſt etwas ankommen ſollte: — weßhalb der Schuldner in der abſoluten Nothwendigkeit ſtünde, dieſe Stundung, als alleinige Quelle ſeiner Rettung, in demüthigen Anſpruch zu nehmen! Und wenn, in der That, der Umſtand, daß vom Vermögen des Debitors, nach geleiſteter Bezahlung von deſſen gerichtlich liquidirten Schulden, nur wenig Ueberſchuß bleibt: den Richter verpflichtet, deſſen mögliche übrige Creditoren, zu interventionsmäßiger Wahrung ihrer eigenen Rechte, edictaliter vorzuladen: — wie ſollte alsdann die zufällige Erſcheinung, daß gerade die hauptſächlicheren jener Creditoren — vielleicht aus Freundſchaft, Leichtſinn, oder Bethörung — ſich zu einer Creditsverlängerung (und Borgen iſt, nota bene, nicht Schenken!) verſtanden haben: den Richter von ſeiner Pflicht diſpenſiren können, dieſe möglichen anderen Creditoren, deren Intereſſe, durch dieſe Creditsverlängerung, eher verkümmert, als befördert wird (39), dennoch zu einer Liquidation ihrer Anſprüche vorzuladen? —

---

(39) denn hätte der Schuldner jene liquidirten debita gleich jetzt tilgen müſſen; ſo würde derſelbe doch außer Stand gekommen ſeyn, die Tilgungsmittel zu verſchwenden; und der Ueberreſt ſeines Vermögens wäre doch für den fraglichen Ueberreſt der Creditoren, ausſchließlich, übrig geblieben: ſtatt daß der Debitor jetzt, wirklich Gelegenheit hat, jene Tilgungsmittel zu verpraſſen, vermöge der

Ex professo hingegen muß ich es aussprechen: 1) daß der fragliche Satz schlechterdings von keinem positiven Gesetze aufgestellt und sanctionirt sey; 2) daß derselbe vielmehr dem ganzen System und der gesammten Analogie unserer Civilproceßlegislation sosehr widerstreite, wie ein menschlicher Muskel dem Gefüg' eines Dachzimmerwerkes; und 3) daß er, wenn ihn jemals die Praxis adoptiren sollte, im menschlichen Verkehre, zu den heillosesten Resultaten führen müßte.

Was das erste Membrum dieses meines Ausspruches betrifft; so fällt die Beweislast davon nicht auf meine Schultern; sondern es ist bloß eine nothgedrungene Rüge an Herrn Martin, daß er die, ihm obliegende, Beweislast, uns abzutragen', versäumt habe.

In Hinsicht des zweiten Membrums bemerke ich, daß dem Geiste der Verhandlungsmaxime doch', in aller Welt, nichts so sehr widerstreben könne, als ein Sorgen — von Amts wegen — für Creditoren, die sich nicht nur noch nicht gemeldet haben, sondern deren Existenz noch nicht einmal in Gewißheit gesetzt ist. — Will mir Martin: wie zu erwarten steht, hierauf erwiedern: „wir haben es gegenwärtig mit einer Procedurspecies zu „thun, zu deren Normirung ebensosehr die Vorsorgs- und „Administrativ-Maximen der Civiljustiz-Polizei mitge-

---

Ostentation dieser Mittel, neue Schulden zu contrahiren, und so, am Ende, den quästionirten Ueberrest seiner Creditoren, in den Fall zu setzen, ein Quantum von Vermögenstrümmern, das nicht größer ist, als jenes, was ihnen, nach dem Abtrag obiger liquidirten Schuldposten, übrig geblieben seyn würde, nicht bloß mit den sämmtlichen alten Gläubigeen, sondern auch mit einer Reihe von neueren, pro rata, zu theilen!

»wirkt haben, wie die Verhandlungsmaximen des gemein-deutſchen Civil-Proceſſes«; ſo duplicire ich folgendermaaßen:

a) das Eingreifen der juſtizpolizeilichen Normen in ein Verfahren, das, ſeiner Natur nach, rein contentiös iſt, und auch ehemals als ein rein contentiöſes behandelt werden mußte, iſt, auf jeden Fall, ein ſehr ſinguläres und correctoriſches Phänomen: ſo daß man, zufolge der Elementarregeln des Rechts, keineswegs autoriſirt iſt, von einem einzelnen actus jurisdictionis voluntariae, welchen die ſpätere Legislation, in das Concursverfahren, eingeſchärzt hat, auf eine Reception von ſämmtlichen Maximen dieſer jurisdictio, in den Concursproceß, zu ſchließen; ſondern, vielmehr, umgekehrt, gegen jede einzelne dieſer Normen und Maximen ſolange, feſt und ſtreng, proteſtiren muß, bis ihre Reception durch ausdrückliche (Correctiv-) Geſetze, oder durch einen völlig entſchiedenen Gerichtsgebrauch, erwieſen iſt. Nun wird aber Herr Martin, obigen Satz, aus ſolchen Gründen, zu beweiſen: wahrſcheinlich noch lange bleiben laſſen müſſen!

b) Wenn wir aber hiervon auch abſehen wollen; ſo gibt es ja, im ganzen Gebiete der Civiljuſtiz-Polizei, keine Analogie, zur Rechtfertigung einer Procedur, wornach eine Gerichtsbehörde, auf Anrufen von irgend Jemanden, oder gar unaufgerufen — von Amts wegen, einen volljährigen, unbeſcholtenen, ſeines Verſtandes mächtigen, und als Verſchwender nicht erſcheinenden, Staatsbürger, zum möglichen Vortheil möglicher, aber unbekannter, Dritter, aus Beſitz und Adminiſtration ſeines Vermögens, zu entſetzen hätte!

Was endlich das dritte und letzte Membrum meines Ausspruches, betrifft; so bedarf es, zur Erhärtung von dessen Wahrheit, nur eines Blickes auf den menschlichen Verkehr und in die Elementargesetzgebung der Staatswirthschaft. — Tausend und aber tausend Menschen gibt es, in unseren bürgerlichen Gesellschaften, die ohne eigenes Capital, mit eitel fremdem Verlage, den sie in der einen, oder der anderen, rechtmäßigen Form, aufnehmen, ihre Industrie, und zwar mitunter eine sehr ausgedehnte Industrie, betreiben. Sie verschaffen dem Staat einen äußerst bedeutenden Vortheil: dadurch a) daß sie die aufgenommenen Capitale: welche sonst vielleicht todt würden liegen geblieben seyn, ja welche vielleicht auswärts lagen, und sonst gar nicht ins Land hereingekommen wären: zum Vortheile der Capitalisten, umtreiben: das heißt, dadurch, daß sie letzteren zu Capitalzinsen verhelfen; b) daß sie, durch das Umtreiben dieser Capitale, die Industrie von zahlreichen — ja vielleicht zahllosen — Industrieleuten: und zwar ebensowohl zunächst von ihren eigenen Handarbeitern, wie von fremden Unternehmern (40): in Schwung versetzen; und c) daß sie selbst dadurch ihre eigene Industrie befruchten, und von den Gewinsten dieser Industrie, Jahr aus, Jahr ein, sich und ihre Familie, das heißt einen sehr achtungswürdigen Bestandtheil der gesammten Staatsbevölkerung, ernähren (41).

---

(40) Ueber den Sinn dieser beiden Kunstausdrücke: siehe Say's Darstellung der National-Oekonomie: bearb. von mir. Heidelb. 1818. Bd. II. S. 510 u. 546.

(41) Was ich hier, unter b) und c) bemerkte: ist bloß der Popularität wegen gesondert: denn national-öko-

Ebendieſe, ſo nützlichen Menſchen, ſind aber, bei allem überſchwenglichen Talente, und bei aller Sparſamkeit, zumal wenn Unglücksfälle oder ungünſtige Staatsconſtellationen auf ſie drücken, oft während langer Jahre nicht im Staude, nach Ernährung ihrer Familie, von ihrem Nettoprofite, noch etwas zu erübrigen und aufzuhäufen: es geht bei ihnen: wie unſer Volk ſich ausdrückt: beſtändig von der Hand zum Munde: dergeſtalt, daß, wenn in irgend einem Momente dieſes Zeitraumes, bei ihnen, inventirt würde, ſich jedesmal nicht nur ein relativ- ſondern meiſtens ſogar ein abſolut-geringer Ueberſchuß, an eigenem Vermögen, ergeben müßte.

Ueber ſolche Leute, bei jeder Gelegenheit, wo, nach Befriedigung mehrerer, klagbar gewordener, Gläubiger, nur ein geringer Vermögensreſt in ihrer Hand bleibt, einen Concursproceß verhängen wollen: hieße mithin nichts Anderes als: a) auf die unverantwortlichſt leichtſinnige Weiſe die Pulsader einer heilſamen Induſtrie unterbinden, und b) dem heilloſeſten von allen Ariſtokratismen, dem Geldariſtokratismus, das Steuer der Alleinherrſchaft in die Hand ſpielen. Das Erſtere: weil, auf der einen Seite, die Induſtrie der genannten Bürgerclaſſe gar nicht fortwähren kann, ſobald ſie der Adminiſtration der, in ihrer Hand befindlichen Capitale, und zugleich ihres Credits, öffentlich entſetzt werden, und weil, auf der anderen Seite, dem Richter, Niemand dafür einſtehen kann, daß die eingeklagten und bekannten debita, nicht, in der That, auch die alleinigen debita ſeyen. Das

---

nomiſch gehört es unter dieſelbe Rubrik: nämlich unter die Rubrik der Induſtrie-Befruchtung.

Letztere aber: weil jede monopolsüchtige, capitalreiche Unternehmer-Verbrüderung, bei jeder kleinen Zahlungsstockung, worein ein solcher capitalarmer verhaßter Industrieunternehmungs-Concurrent, etwa geräth, bloß dessen sämmtliche Gläubiger zu bewegen bräuchte, ihre Forderungen an denselben, ihnen zu cediren, um, durch einen gerichtlichen Gesammtsturm, denselben zu Sturz bringen und dadurch, ihrem schenslichen Wucher, vielleicht auf immer, unschädlich machen zu können!

Auch auf noch mehrerlei andere Weisen ließe sich, ohne Mühe, darthun, wie gänzlich unverträglich die angefochtene Behauptung Martins, mit dem Geist und Gewebe unserer Civilproceßlegislation sey. Allein wozu alle Kerzen unseres Hauses anzünden: um einen Trugschatten, von der Wand, zu verscheuchen? —

LXXXXI.

Etwas über die Executions-Instanz im Concursprocesse. (S. 325.)

Noch im Schlußparagraphen seines Lehrbuches, läßt sich Martin einen materiellen Uebereilungsfehler zu Schuld kommen, wogegen ihn seine ausgedehnte Erfahrenheit in der civilistischen Praxis, allerdings wohl, billig, hätte schützen sollen.

Er gibt uns nämlich an, wie der Auszahlungstermin, im Concurse, derjenige sey, worauf alle Gläubiger pe-

remtorisch vorgeladen werden (scilicet um ihre respective Zahlung zu empfangen); und setzt dann hinzu: daß mit diesem Termine jeder Concurs über freies Allodialvermögen: wenn anders keine Einwendungen gegen die Entlassung des curator bonorum vorkommen: sich endige.

Wir könnten hier, den Verfasser, nicht ohne Schein Rechtens, auf eine zweifache Weise schikaniren: indem wir ihm bemerkten:

a) daß das Allodialvermögen, strenge genommen, nur dem eigentlichen Feudalvermögen entgegengesetzt sey; und doch, z. B., sämmtliche Bauergüter, welche entweder im erblichen Nießbrauch, oder im lebenslänglichen Nießbrauch, oder Emphyteusen, des Gantmannes, sind, hier ebensogut, wie die Lehngüter, eine Ausnahme von obiger Regel bilden;

b) und daß vielfältig das Lehns, und Fideicommißvermögen keine Ausnahme von obigem Satze formire: wenn nämlich die Creditorschaft sich entschlossen hat, die betreffenden Vermögensrechte des Cridars, gegen ein gleich-bares Aversalquantum, an irgend Jemanden, zu verkaufen.

Allein wir enthalten uns dieser beiden Instanzen, aus dem guten Vorbedachte: daß einerseits (ad a) unser Volk unter Nicht-Allodialvermögen oft jedes Vermögen versteht, woran ein Anderer dingliche Rechte hat, die dem dominium directum des eigentlichen Lehnsherrn auch nur halb, und ferne, ähnlich sehen; und daß andrerseits (ad b) wenigstens das, in der Concursproceß-Executionsinstanz, zu vertheilende Vermögen, alsdann nicht mehr, selber, Nutzeigenthum oder Fideicommißgut, sondern Geld, ist.

Daraus hingegen dürfen wir, unserem Verfasser, einen lauten Vorwurf machen, daß er es übersehen hat, wie auch solche Vermögensrechte des Cridars, welche mit dem (dinglichen) Recht an Lehns- und Fideicommißgütern, durchaus keine Aehnlichkeit tragen: — daß auch solche Vermögensrechte, welche jura in personam sind, namentlich z. B. der Anspruch auf eine jährliche Besoldung, auf Bezahlung eines *legatum annuorum redituum*, auf eine Gülte, auf eine Leibrente ꝛc., hier ebensogut zu einer Ausnahme von seinem Satze führen, wie die Nutzeigenthums- und Fideicommißgüter: oder, besser gesagt, daß sein Satz, so wie er dasteht, ein unwahrer sey.

Anhang:
über die Frage: welchen politisch-juristischen Charakter tragen die Normen, welche das Object von Martins Lehrbuch sind?

I. Nichts kann schwankender seyn, und nichts das Begriffsvermögen eines, nach Klarheit dürstenden Schülers, in bangere Verlegenheit setzen, als die Definitionen und Expositionen, welche man bisher, selbst durch die berühmtesten Politiker, Rechtsmetaphysiker, und Positivrechts-Lehrer, von öffentlichem und von Privatrecht, hat aufstellen sehen. — Statt aller Anderer, sey es mir erlaubt, hier nur auf die Mißgriffe von dreien dieser Autoren aufmerksam zu machen: deren jeder allenfalls seine ganze Gattung repräsentiren kann!

1. Condorcet sagt, in seinen Betrachtungen über das neun und zwanzigste Buch von Montesquieu's Geist der Gesetze (42):

a) „Die Civilgesetze zerfallen in fünferlei Classen: „diejenigen welche festsetzen, wem das Eigenthum zuge-

(42) Sie sind zuerst durch den Grafen *Destutt de Tracy* herausgegeben worden, und bilden die erste Anhangs-Abhandlung zu dessen kritischem Commentar über den Geist der Gesetze (Philadelphia 1811, und Paris 1819): wovon ich soeben die erste Hälfte einer deutschen Bearbeitung in den Buchhandel gegeben habe. (Heidelberg, bei K. Groos: 1820).

„hören solle: wie, z. B., die Erbgangsgesetze; diejenigen „welche die Mittel zum Erwerbe des Eigenthums „reguliren: wie, z. B., die Gesetze über Kauf und Ver„kauf; diejenigen welche die Ausübung vom Eigen„thumsrechte bestimmen, für solche Fälle, wo diese Aus„übung dem Eigenthum eines Dritten schaden kann; die„jenigen welche das Eigenthum assecuriren: wie, „z. B., die Gesetze über die Hypotheken, über die Schuld„ner ꝛc.; und endlich die, welche über den Zustand „der Personen verfügen".

b) Derselbe Politiker definirt, im Gegensatze von den Civilgesetzen, die Criminalgesetze, dahin: „sie sind „diejenigen, welche es zum Zwecke haben, die Bürger ge„gen Gewaltthätigkeit und Betrug zu schützen".

Dürfen wir hier: — und dies Recht wird uns Niemand absprechen wollen! — unter dem Ausdrucke: „die Bürger" zugleich das Eigenthum der Bürger verstehen; so springt es sofort in die Augen, daß alsdann, Condorcets Angabe zufolge, ein Theil der Criminalgesetze Civilgesetze seyn, oder, mit anderen Worten, civilistischen Charakter tragen, müssen: denn seine ganze vierte Classe der Civilgesetze besteht ja aus solchen Normen, welche das Eigenthum assecuriren; die Assecuranz des Eigenthums gegen Gewaltthat und Betrug, ist aber doch wahrlich eine Hauptspecies der gesammten Eigenthums-Assecuranz!

c) Ferner bezeichnet Condorcet, gleichfalls im Gegensatze von den Civilgesetzen, das Wesen der Polizeigesetze, dahin: „Sie haben zum Zweck: einerseits die Opfer von „Freiheit zu bestimmen, welche jeder Bürger, der Auf-

„rechthaltung der öffentlichen Ruhe und Ordnung, zu „bringen, genöthigt seyn kann; und andrerseits den Ge„nuß von gemeinschaftlichen Dingen, wie z. B., von „Straßen, Brücken ꝛc., zu reguliren“.

Dürfen wir hier: — und auch dies muß uns unfehlbar erlaubt seyn! — unter dem Ausdrucke: „Opfer von Freiheit“ auch die Freiheit der Eigenthumsausübung verstehen: so ist es unverkennbar, daß ein Theil der Polizeigesetze, nach Condorcets Angabe, zugleich Civilgesetze seyn müssen: denn dessen ganze dritte Classe der Civilgesetze enthält ja lauter Normen, wodurch die Ausübung des Eigenthums regulirt wird, für solche Fälle wo diese Ausübung dem Eigenthum' eines Dritten (also auch dem der ganzen Gesellschaft) schaden kann; die Eigenthumsausübung führt ja aber gerade hauptsächlich nur da zu Störungen der öffentlichen Ordnung und Ruhe, wenn sie der Eigenthumsausübung eines Dritten, und hauptsächlich des ganzen Publicums (z. B. über einen öffentlichen Fluß), schadet!

Noch ungleich auffallender aber ist es, daß, ebendieser Angabe nach, ein Theil der Polizeigesetze, criminalistischen Character habe: denn das Haupt-Freiheitsopfer, welches die Polizeigesetze, zum Zwecke der Ruh-Erhaltung, von einem jeden Bürger, fordern müssen, ist doch ohne Zweifel, die Enthaltung von persönlichen Gewaltthätigkeiten; gerade im Schutze gegen diese (und also auch in der Proscription von diesen), besteht ja aber eine Haupttendenz der Criminallegislation!

2) Kant sagt, in seinen metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre (43): „öffentliches Recht ist der

„Inbegriff der Gesetze, die einer allgemeinen Bekanntma„chung bedürfen, um einen rechtlichen Zustand hervorzu„bringen“. Wäre diese Bezeichnung richtig; so gäbe es, nach Vernunftprincipien, überall kein anderes Recht, als öffentliches.

Was sind denn die Gesetze? Aussprüche der praktischen und zwangsweise realisirbaren Normen, welche für das äußere Leben der Menschen, in der Gesellschaft, zum Zwecke der Aufrechthaltung einer vernunftmäßigen Gesellschaftlichkeit, bestehen, und bestehen müssen. Sollen diese Normen von jedem einzelnen Gliede der ganzen Gesellschaft beobachtet werden; so ist ihre Existenz, unerläßlich, auch jedem einzelnen, das heißt allgemein, bekannt zu machen: denn sie sind nicht unverleugenbar angeborene, sondern sie sind conventionelle, Normen. Nun gibt es aber ebensowenig für den Umkreis des anerkanntesten Privatrechtsgebietes, wie für den Umkreis des Staatsrechtsgebietes, eine Norm, welche nicht einer durchgängigen Beobachtung, von sämmtlichen Staatsgliedern, bedürfte. Wie stünde es zu erwarten, und wie stünde es zu verlangen, daß sich alle anderen Privatpersonen, des Fischens, in öffentlichen Strömen, enthielten, wenn es nicht, z. B., allgemein promulgirt wäre: daß dies Recht bloß den angränzenden Communen zustehe? — Wie könnte man von jedem Manne, der ein uneheliches Kind für das seine anerkannt hat, verlangen, daß er dasselbe alimentire: wenn nicht allgemein bekannt

---

(43) Königsberg 1797, S. 161.

gemacht wäre, daß jede Anerkennung solcher Art, ihrem Autor diese Verpflichtung zuziehe?

3) Thibaut sagt, in seinem Systeme des Pandektenrechts (44):

A) „Oeffentliches Recht ist dasjenige, wodurch „die Rechte und Verbindlichkeiten des Regenten, es sey „nun gegen die Unterthanen, gegen seine Mitregenten, „oder Auswärtige; bürgerliches hingegen, wodurch „die Rechte und Verbindlichkeiten der Unterthanen, es „sey nun im Verhältniß zu einander, oder gegen Auswärtige, bestimmt werden".

Hiergegen bemerke ich

a) was die Definition von öffentlichem Recht betrifft: daß sie darum verwerflich sey, weil sich die beiden wesentlichsten Constitutions-Gesetze, wodurch bestimmt wird, α) daß, z. B., die, (überall nöthige) moralische Person des Regenten eine bestimmte Form: wie namentlich die reine-monarchische: haben solle, und β) nach welcher Norm (z. B. Thronfolge-Ordnung, oder Deputirtenwahl-Ordnung) diese moralische Person, für und für, physisch, neu zu repräsentiren sey: nicht unter sie subsumiren lassen. Dies sind diejenigen Gesetze, welche das Werden des Regenten, selber, reguliren; Thibauts Definition paßt aber nur auf die Verhältnisse des gewordenen oder der gewordenen Regenten!

b) Nicht minder unstichhaltig ist obige Definition des bürgerlichen Rechtes: denn ihr zufolge käme das

(44) Vter Ausg. Jena 1818. Bd. I. S. 249.

Eheverhältniß zwischen einem Monarchen und seiner Frau, sowie, noch gewisser (45), das Contractsverhältniß vom Fiscus zu seinem Steuerpächter, oder Kriegsmunition-Lieferanten, überall nicht unter das Regulativ des Civilgesetzbuches zu stehen!

b) Derselbe Civilist sagt uns ferner: »derjenige »Theil der bürgerlichen Gesetze (des *jus civile*) »worauf die Verhältnisse der Bürger, es sey nun einzelner, oder, unter dem Namen des Staats, aller gegen »Auswärtige, beruhen, heißt Völkerrecht (*jus gentium* in neuerem Latein)«.

Hiergegen ist zu bemerken:

a) daß es der Logik schon sehr widerstrebe, zweierlei Rechtsnormen, die aus so verschiedenartiger Quelle fließen, und eine so heterogene Sanction tragen: wie die Normen des Völkerrechts, und der positiven Privatlegislation: da, wo es der Aufstellung einer scharfen systematischen Eintheilung gilt, unter den gemeinsamen Titel Gesetz zusammenzufassen und als integrirende Bestandtheile von einem Ganzen zu behandeln. Es kömmt dies geradeso heraus, als wenn man deßhalb, weil der Dichter zugleich unter den Sprachregeln, und den Principien der Poetik, steht, diese Principien gleichfalls Sprachregeln taufen, und alsdann sprechen wollte: die Sprachregeln sind, eines Theils, solche, woran Jeder, der seine Gedan-

---

(45) Denn in Hinsicht der ersteren Instanz, könnte uns Thibaut etwa repliciren wollen: daß wir die physische Personalität des Regenten, von dessen juristischer, zu unterscheiden hätten.

ken in Worten aussprechen will, gebunden ist; und, anderen Theils, solche, woran sich bloß der Dichter zu halten hat.

b) Es lassen sich unter die obige Definition von Völkerrecht, gar nicht alle Normen subsumiren, woraus das Corpus des sogenannten Völkerrechtes, in der Erfahrung, besteht. Dieses enthält nämlich eine Reihe von Bestimmungen, die ganz speciell sind, und einem speciellen Völker-Vertrag' ihren Ursprung verdanken; unter Gesetz aber versteht man eine allgemein verpflichtende Norm, und namentlich, z. B., auch eine Norm für alle Verträge einer bestimmten Art; aber keineswegs eine durch den Vertrag einzelner Parteien entstandene Norm.

c) Ebendieser Definition von Völkerrecht, zufolge, müßte (denn das Völkerrecht ist ja, bei Thibaut, eitel bürgerliches Recht!) ein Theil des öffentlichen Rechtes zugleich bürgerliches Recht seyn: denn das Völkerrecht befaßt ja auch das Recht des ganzen Staates gegen Auswärtige; und das öffentliche Recht die Rechte und Verbindlichkeiten des Regenten gegen Auswärtige.

Worin bestehen denn aber die Rechte des Regenten, als Regenten, gegen Auswärtige? Doch wohl in nichts Anderem, als in den Rechten des ganzen Staates, dessen Repräsentant er insofern ist, gegen eben diese Auswärtigen! —

II. Am Tage liegt es, daß die Abtheilung der Gesetze, in publicistische und civilistische, nicht durchgreifend abhängen könne

1) von dem Auctor ihrer Sanction, oder

von der Form ihrer Bekanntmachung: denn das Staatsconstitutionsgesetz, sowie das nächste beste Pfandprivilegium, danken, in letzter Instanz, ihre Sanction, der Gesammtheit der Staatsgesellschaft (46); und daß das eine, wie das andere, öffentlich promulgirt werden müsse, haben wir schon oben gesehen;

2) nicht von den Personen, deren Verhältnisse, durch sie, regulirt werden: denn der Regent steht: als Repräsentant und Agent der ganzen Staatsgesellschaft: ebensogut unter den Normen des Miethvertrages, wie der unterste Tagelöhner dieser Gesellschaft;

3) nicht von den Sachen, deren Verhältnisse durch sie normirt werden: denn einmal normiren manche Gesetze gar nicht das Verhältniß von Sachen, sondern von (moralischen oder physischen) Personen, und zweitens ist dasselbe Haus, dessen Verpfändung unter den Normen des Privatrechtes steht, in Absicht der Besteuerung, dem öffentlichen Recht unterworfen;

4) nicht von den Verhältnissen, welche, durch sie, hergestellt werden sollen: denn, z. B., der Satz: Niemand kann im Lande Kochsalz kaufen, als gerade beim Fiscus: etablirt ebensogut ein Verhältniß zwischen dem Staat und den Unterthanen, als zwischen den Unterthanen unter sich: indem er dem ersteren eine ausschließliche Befugniß in Beziehung auf letztere zusichert, und dem gegenseitigen Kaufverkehre der letzteren eines seiner Objecte entzieht;

---

(46) Daß dies namentlich auch von Normen des Gewohnheitsrechtes gelte: bedarf wohl keines Beweises mehr!

5) nicht von den Personen, welche bei Aufstellung derselben interessirt sind: denn die ganze Staatsgesellschaft, sowie jedes einzelne Mitglied derselben, könnte ebensowenig ohne Sanction der Constitutionsgesetze, wie ohne Sanction der Kaufvertragsnormen, gedeihen;

6) und nicht von den Personen, welche in abstracto, bei deren Beobachtung und Execution interessirt sind: aus demselben Grunde, welchen wir eben, in Hinsicht der Sanction, angedeutet haben: indem ein Gesetz dessen Beobachtung nicht garantirt, und dessen Execution unmöglich ist, einem nicht existirenden gleichsteht.

III. Wovon hängt denn aber die Abtheilung der Gesetze, in publicistische und civilistische, wirklich ab? Meiner Ueberzeugung nach, von nichts Anderem, als von der Verschiedenheit der Personen, welche bei der Execution dieser Gesetze, gemäß der (objectiven) Natur der, durch dieselben, regulirten Rechtsverhältnisse, *in concreto*, als interessirt angesehen werden.

Diese Ansicht kann aber wechseln, und hat gewechselt: es fragt sich also weiter nach dem Kriterium, woran wir dieselbe, in einem bestimmten, einzelnen Zeitmoment, einer bestimmten Legislation abmerken können. Dieses Kriterium ist nicht schwer aufzufinden. — Betrachtet die Gesellschaft (47) ihre volle Gesammtheit: das heißt ihre sämmtlichen Mitglieder, und ihr ganzes Wesen: bei der concreten Realisirung einer Rechtsnorm als interessirt;

---

(47) Ich nehme dieses Wort hier in einem sehr weiten Sinn; und verstehe darunter eine Genossenschaft, die sich durch aufzustellende Constitutions-Gesetze, allererst zu einem Staate zu gestalten, beabsichtigt.

so wird und kann sie diese Realisirung nicht vom Aufruf' eines einzelnen Bürgers abhängig machen; sondern sie wird und muß dieselbe auch unaufgerufen veranstalten, (wiewohl der Aufruf — da keine Regierung allwissend ist — ihr sehr angenehm — ja sogar, von ihr, gebeten, seyn kann!) Betrachtet sie hingegen nur einzelne ihrer Mitglieder als bei einer solchen Realisirung interessirt, so wird sie an letztere nicht eher Hand anlegen, als bis sie, durch dieselben, dazu aufgefordert, und nicht weiter als sie dazu aufgefordert, ist: (es wäre denn daß einzelne dieser Interessenten ihrem Interesse nicht selber nachzukommen vermöchten, und daher durch die ganze Gesellschaft bevormundet werden müßten!); oder, wenn sie auch etwa der Aufforderung, als einer zu vermuthenden, zuvorkommend, früher Hand angelegt; so wird sie doch vom Augenblicke der Verzichterklärung an, davon abstehen.

Der Inbegriff der Gesetze von ersterer Art bildet das Gebiet des öffentlichen; der Inbegriff der Gesetze von letzterer Art hingegen das Gebiet des Civilrechts.

Legen wir diesen Maaßstab an die Normen unseres heutigen theoretischen Criminalrechtes, so erscheinen dieselben fast ohne Unterschied pnbliciſtisch: indem unsere Regierungen auf jedes Verbrechen (48), durch ihre eigenen Behörden fahnden, inquiriren, und die Strafe folgen lassen, ohne auf die Denunciation oder die Anklage, von Sei-

---

(48) Der Art. 120 der P. H. O. führt eine Ausnahme ein: das heißt das Verbrechen und die Strafe des Ehebruches sind civilistisch. S. v. Feuerbach's Lehrbuch des peinl. Rechts §. 382.

ten eines Privaten, zu warten, und ohne der Willkühr des unmittelbar Verletzten, einen Einfluß auf die Verhängung, oder die Milderung, der Strafe, zu verstatten. Im alten Rom ward, z. B., der Diebstahl nur als eine Verletzung des Bestohlenen betrachtet, und daher nur diesem, auf seine Privatklage gegen den Dieb, zu Entschädigung und Rache verholfen; bei uns hingegen sieht sich, wie billig, der Staat, in seiner Gesammtheit, dabei für interessirt an, daß die Dieberei, in seinem Gebiet, überhaupt unterbleibe, und daher Keiner, welcher sich derselben schuldig gemacht, ungestraft bleibe.

Der Rechtssatz: „Eheleute dürfen ihr Zusammenleben nicht früher aufheben, als bis sie gerichtlich sepa„rirt oder geschieden sind“: ist ein civilistischer, wenn auf den Fall, daß dennoch der eine conjux sich, vom anderen, (gleichviel ob mit oder ohne des letzteren Consens!) vor dem gerichtlichen Trennungsspruche separirt, bloß bestimmten Privatleuten, und namentlich den Ehegatten selber, erlaubt ist, das Zusammenleben, durch Staatshülfe, wiederherzustellen; ein publicistischer hingegen, wenn die Regierung, sobald sie einen solchen Fall wahrnimmt, selbst unaufgerufen, ja gegen den Willen beider Eheleute, das Zusammenleben wieder erzwingt.

Obige Rechtsnorm: „Niemand kann, im Lande, Kochsalz kaufen, als gerade beim Fiscus“, ist eine publicistische: denn die Regierung realisirt dieselbe nicht nur dadurch, daß sie, im Wege der Administration, als Verkäuferin, ihre Magazine mit dieser Waare anfüllt, und Verkaufs-Agenten aufstellt, auch die Verproviantirung von etwaigen Privat-Verkaufsmagazinen, mit ebender-

selben, möglichst hintertreibt; sondern auch, indem sie die Uebertretung dieser Norm verpönt, nach deren Uebertretern selber fahndet, und dieselben, im Wege des Untersuchungsprocesses, zu der angedrohten Strafe zieht.

NB. Man übersehe aber ja nicht: daß ich sagte: es komme hier auf die Verschiedenheit der Personen (nämlich respective des Staats, oder einzelner Staatsglieder) an, welche nach der (objectiven) Natur der durch die Gesetze regulirten Rechtsverhältnisse, bei deren concreter Realisirung interessirt sind. Dadurch, daß zufällig der Staat einen vortheilhaften Pachtvertrag abschließt, und also bei der concreten Realisirung der Pachtvertragsgesetze, interessirt wird, nehmen diese Gesetze, an sich selbst betrachtet, noch keinen publicistischen Charakter an; sowenig als die Gesetze, wodurch das Postregal constituirt wird, dadurch einen civilistischen Charakter erhalten, daß zufällig eine Privatgesellschaft es dem Fiscus abmiethet, und also dadurch bei Realisirung dieser Gesetze interessirt wird!

IV. Wie erscheinen nun aber, unter diese Kuppe gebracht, die verschiedenen Normen, welche den Gegenstand unserer Civilproceßtheorie, und daß Objekt von Martins Compendium, bilden? Die Antwort hierauf scheint mir gar nicht schwierig zu seyn.

1) Diejenigen unter diesen Normen, wodurch das Institut der Civilgerichtshöfe (50), und ihrer Competenz, constituirt wird, sind publicistischer Natur: denn

(49) Ich nehme dieses Wort hier in einem weitläuftgen Sinne: und verstehe darunter namentlich auch das Advocatengremium.

der Staat muß — wie wir es auch in der Erfahrung, von ihm geleistet sehen — diese Anstalt, für den Fall, daß er selbst, oder einzelne Bürger, etwa in den Fall kämen, Privatrechtsansprüche im Wege des Zwangs realisiren zu wollen, schon im Voraus, administrativ etabliren: sowie ein Wetterdach, für bevorstehenden Regen: er verpönt die Uebertretung dieser Normen (z. B. die Widersetzlichkeit gegen Gerichtsdiener, oder die Liederlichkeit der Registraturführung, oder das Richten in eigener Sache) mit Strafen, fahndet auf diese Uebertretung, und zieht sie, im Wege der Untersuchungsprocedur, zur Strafe.

2) Diejenigen, unter jenen Normen, welche das Verfahren (nebst Dem, was dazu gerechnet wird (51)), selbst, reguliren: und zwar die Acte des Gerichtes nicht minder als die der Parteien: haben offenbar civilistische Natur.

Was sind nämlich diese Normen? Theils Bestimmungen der Form, worin die Parteien sich, beim Richter, über ihre Privatrechtsverhältnisse zu erklären haben: wie sie solche beweisen müssen, wie sie darüber entscheiden zu sehen, erwarten dürfen; und wie sie dieselben exequiren zu sehen, verlangen können: theils Bestimmungen eigener Rechtsansprüche, welche den Parteien, in Beziehung auf diese Formen, entweder untereinander, oder gegen Dritte (z. B. Zeugen) zustehen sollen.

a) Was hier diese (letzteren) Rechtsansprüche be-

---

(50) Hierunter verstehe ich die Ansprüche der Parteien auf Cautionsleistungen, Urkunden-Edition ꝛc.

trifft; so liegt ihr civilistischer Charakter am offensten Tage: denn kein Richter fordert z. B. einen Zeugen zum Deponiren seiner Apperception, oder einen Kläger (als solchen) zum Ediren einer Urkunde, auf: als nach vorausgegangener Aufforderung, durch die berechtigte Partei; und wenn er, in der That, auch einzelne Aufforderungen solcher Art, von Amts wegen, unaufgerufen erläßt, (wie z. B. zum Ausschwören eines juramentum diffessionis oder eines Zeugeneides), so geschieht es doch, sichtbar, bloß zufolge eines fingirten Aufforderns der dabei interessirten Partei oder Parteien: indem der letzteren Verzicht auf die Befolgung der richterlichen Aufforderung, den Verpflichteten von dieser Befolgung liberirt. — Selbst die Sequestration, welche der Richter, auch gegen den Willen beider Parteien, bei Streitigkeiten über den jüngsten Besitz, verhängt: bildet nur eine scheinbare Ausnahme hiervon: indem die Rechtsnorm: daß bei dergleichen Streitigkeiten, zur Vermeidung von Gewaltthaten und Ruhestörungen, das controverse Object (nach Umständen) sequestrirt werden soll: eigentlich, ebensogut wie die Rechtsnorm: der Diebstahl soll mit Zuchthaus bestraft werden: eine publicistische — und zwar, in specie, ein staatspolizeiliche — ist, welche dadurch, daß es nebenher auch den Parteien verstattet ist, den Richter (der auch unaufgerufen hierzu verpflichtet steht!) zu deren Realisirung zu ermahnen, nicht den Charakter einer civilistischen annehmen kann und daher nur sehr uneigentlich in die Civilproceßth[illegible]ie hereingezogen wird.

b) Was dagegen jene Form-Bestimmungen angeht,

so sind sie nichts Anderes als Herstellungen von Rechten und Verbindlichkeiten, welche die Parteien, respective, wechselseitig wider einander geltend machen können, und von welchen die Rechtsbestimmung gilt: α) daß sie, im Civilgerichtshofe, entweder gar nicht eher realisirt werden, als bis die berechtigte Partei den Richter dazu, speciell oder im Falle, aufgefordert hat; oder β) daß wenigstens (52) eine fehlerhafte Realisirung derselben — welche also soviel wie keine Realisirung ist — nur auf Verlangen der gekränkten Partei verbessert wird. Auch diese Bestimmungen tragen demnach das volle Gepräge der civilistischen Natur.

Was allein einen Trugschatten von publicistischem Charakter auf sie werfen könnte, wäre der Umstand, daß der Richter an sie gebunden ist: daß sie gleichsam einen Theil seiner Dienst-Instruction formiren. Allein wenn wir diesen Umstand zum Kriterium der civilistischen oder publicistischen Natur eines Gesetzes, machen dürften; so gäbe es, in aller Welt, gar keine Civilgesetze mehr: denn der Richter ist ebenso z. B. auch an die Testamentsgesetze gebunden: indem er keinen concreten Act und keine concrete Urkunde, so ihm processualisch vorgelegt wird, für ein Testament erkennen und als solches exequi-

---

(51) realisirt der Richter hier, in Fällen, wo die Berechtigung nicht direct auf einen Richter-Act geht, unaufgerufen; so ist dies offenbar nichts Anderes als eine Anticipation Dessen, wozu er, im Unterlassungsfall, aufgerufen werden könnte, und, nach der gesunden Proceßtheorie, werden würde: so daß der Charakter Dessen was er realisirt, hierdurch nicht verändert wird. Jemehr solcher Anticipationen, desto weniger (proceßrechtlich-) dilatorische Einreden!

ren lassen soll: wobei sich nicht diese legalen Testaments-formen erfüllt finden! Nicht die Procedurnormen sind publicistisch, sondern nur der Rechtssatz: daß sich, (bei Criminalstrafe) der Richter nicht unterstehen solle, dolose dawider zu verstoßen: sowie nicht das Eigenthumsrecht ein publicistisches ist; wohl aber das Strafrecht gegen Den, welcher sich diebisch daran versündigt:

Noch weniger wird man es sich wohl einfallen lassen, diese Procedurnormen etwa deßhalb für publici juris auszugeben, weil die Privatwillkühr der Parteien, dem Richter so äußerst wenigerlei Abweichungen davon, zumuthen oder abnöthigen kann. Diesem Kriterium nach würden nämlich alle Gesetze, wodurch die Formen der Verehelichung, der gerichtlichen Verhypothecirung und des Testirens regulirt werden, sofort als publicistische erscheinen: indem der Richter ebensowenig genöthigt werden kann, etwas für eine Ehe, für eine gerichtliche Hypothek oder für ein Testament, zu erkennen, was, mit den fest bestimmten Legalformen verglichen, dafür nicht angesehen werden darf; als er zu zwingen steht, sich durch die Aussage eines Kindes vollkommen überzeugen zu lassen.

Die Formen des Zeugenbeweises sind darum civilistisch, weil der Staat nicht, für Jeden, der, im Lauf eines Civilprocesses, zu seinem eigenen Vortheile, diesen Formen Genüge leisten könnte, den Zeugenbeweis, selbsteinschreitend, formgemäß führt, sondern diese Führung dem einzelnen Interessenten überläßt; und weil ein untergerichtliches Urtheil, welches einen formwidrigen Zeugenbeweiß, als einen formgerechten, angenommen hat, vom Obertribunale nicht von Amts wegen umgestoßen wird,

sondern solange fest stehen bleibt, bis es der lädirten Partei gefallen hat und gelungen ist, dasselbe durch eine eigene Beschwerdeführung zu bekämpfen und umzustürzen!

Selbst die Norm: daß vor Gericht keine Verbalinjurien, und am allerwenigsten gegen den Richter selber, ausgestoßen werden dürfen, macht hier, meiner Ansicht nach, bloß eine scheinbare Ausnahme: denn sie ist bloß eine specielle Anwendung der generellen publicistischen Norm: daß, unter den Augen von funktionirenden Staatsbeamten, alle Verbalinjurien zu unterlassen seyen: auf den Civilproceß. Dadurch wird aber diese Norm eigentlich ebensowenig zu einer civilprocessualischen, wie die Norm: wer wissentlich verfälschte Urkunden gebraucht, verfällt in Criminalstrafe: ebendiesen Charakter dadurch annimmt, daß eine mit verfälschten Urkunden versuchte Beweisantretung, im Civilprocesse, für keine Beweisantretung gelten kann.

3. Diejenigen unter jenen Normen dagegen, welche die pecuniären Bedingungen, oder Lasten, der Civilprocedur-Acte vorzeichnen: namentlich die Sportelgesetze: sind publicistischer Natur: indem die Legislation, nicht nur, zu des Fiskus Vortheil, den Richter, bei Strafe des eigenen Haftens, angewiesen hat, dieselben unaufgerufen zu realisiren; sondern auch, durch Control-Anstalten, sich dieser Pflichterfüllung des Richters noch mehr versichert, und noch, Jahre lang, nach Beendigung der concreten Procedur, auf Realisirung dieser Normen, durch Selbsteingriff, dringt.

Somit glaube ich, meine, oben auf S. 88 ausgesprochene, Behauptung, daß Martin irre, wenn er die volle Gesamuntheit derer Gesetze, welche den Gegenstand seiner Theorie ausmachen, für einen Zweig des öffentlichen Rechtes hält: hinlänglich gerechtfertigt zu haben; und fehlt mir gleich, für jetzt, die erwünschte Muße, mich, bei Gelegenheit dieser Justification, über die verschiedene Natur, und die verschiedenartigen Folgen, Dessen, was unser Verfasser *Contumacia* nennt, detaillirt zu erklären; so gereicht mir doch der Gedanke zu einiger Beruhigung, daß wenigstens die Elemente dieser meiner — verschobenen Erklärung, in dem zusammenzustellenden Inhalte meines LVIten Entwurfes und dieser Anhangs-Erörterung, vom Auge des Sachkenners nicht leicht werden vermißt werden können.

Zusätze.

XCII.

Ueber die Bestimmtheit der Person des Beklagten. (§. 20.)

Statt des Martin'schen Lehrsatzes: »es werde, im »Civilproceß, nur das rechtliche Interesse des Klägers »wider einen bestimmten Gegner verfolgt«, habe ich auf Seite 99 vorgeschlagen, zu lesen: »wider eine im »Auge des positiven Gesetzes als solche erscheinende Ge»genpartei: diese sey nun eine moralische oder eine phy»sische, eine Individual- oder eine Collectiv-Person, »eine persona denata, superstes, oder nascitura«.

Hiervon sagt nun Linde, S. 66. Note 6: »dieser Berichtigungsversuch erklärt nichts, weil eben gefragt wird, wer als Gegner im Civilproceß betrachtet werden könne.«

Hier muß ich mit Staunen und Lachen Herrn Linde fragen: Haben Sie mich denn wirklich nicht verstanden; oder simuliren Sie bloß Mißverständniß,

um mich hofmeistern zu können: das heißt, sind Sie schwach an Intelligenz, oder arglistig von Herzen?

Nicht träumen hätte ich mir lassen, daß unter meinen obigen Worten »im Auge des positiven Gesetzes,« irgend ein sinniger Leser ein anderes Gesetz als den Codex des theoretischen Civilrechts verstehen werde und könne; im Gegensatze vom Codex des praktischen Civilrechts, d. h. vom Code de procédure: denn wenn jener erstere Codex irgend einer Person ein Klagrecht bewilligt, kann er, ohne Unsinnigkeit, doch wohl nicht umhin, diesem Klagerecht auch sein Ziel, d. h. den Gegner — den Beklagten, zu bestimmen. Dieser, so fixirte, Gegner des Inhabers und Exercenten einer actio aber ist, in Bezug auf diese actio, dieses Klägers bestimmter Gegner in dem fraglichen Civilprocesse. Diese Bestimmung ist mithin Aufgabe der Bücher eines *J. H. Böhmer* de actionibus, oder eines Klagenschmidt ꝛc. ꝛc.; aber nicht eines Civilproceßlehrbuches.

Statt Dessen gebehrdet sich Herr Kirchenrath Linde so, als hätte ich unter meinen bezeichneten Worten die Civilprocedurnormen verstanden. Wenn dies am grünen Holze geschieht, was soll am dürren wachsen? Guter Gensler, wie wohl hast du gethan, zu dem Worte »Eis« immer sorgsam beizufügen: »das heißt gefrornes Wasser.«

XCIII.

Ueber den Begriff von Connexität. (§. 30.)

Auf S. 120 habe ich die Behauptung aufgestellt: der Begriff von Connexität sey mit dem Begriffe von Einflußverhältniß identisch.

Dies bestreitet Linde auf S. 72 und 73 (ad notam 5) durch die Thesis: »der materielle Zusammenhang setzt also nicht immer einen Einfluß der connexen Sachen auf die andern voraus«.

Sein »also« weist zurück auf die voranstehenden Zeilen, die da lauten: »Materielle Connexität ist »vorhanden: a) wenn mehrere Rechtssachen aus demselben »factischen Verhältnisse entspringen, oder b) wenn sich »die Eine zu der Andern als Nebenforderung verhält, »oder c) so wesentlich mit derselben zusammenhängt, daß »sie als Bedingung, als Beförderungsmittel, oder sonst »als einflußreich auf die Entscheidung der andern »Sache (52) betrachtet werden muß«.

(52) Hier ist ein Omissivfehler: es fehlt der Zusatz; »oder »auf die Hülfsvollstreckung in dieser anderen Sache«.

Hier hätten wir also die Prämissen zu Linde's obiger Conclusion. Nun sage ich: c) das unter c Ausgesprochene kann diese Prämisse handgreiflich nicht seyn. Das unter b. Bezeichnete hoffentlich ebensowenig: denn daß die Nebenforderung mit dem Hauptanspruch im Einflußverhältniße stehe, kann nur Der leugnen, welcher meynt, der Hahnenkamm sey independent vom Hahne. Es bleibt mithin nichts übrig, zu sondiren als das unter a. Angedeutete. Hierin muß die Prämisse stecken; oder sie steckt nirgends.

Nun frage ich aber Herrn Linde, ob er es ernstlich in Abrede stelle, daß ein Criminalproceß, der aus dem nämlichen facto entsprungen ist, mit und neben einem Civilproceße, wie z. B. die Acten über die accusatio ex lege Julia de vi, mit den Verhandlungen über das interdictum unde vi, aus einer und der nämlichen Gewaltthat: daß, sage ich, ein solcher Criminalproceß mit einem solchen Civilproceß im Einflußverhältnisse stehe?

Er schlage sich selber nach: dann wird er auf S. 536 Nota 7. die Bemerkung finden; daß durch das Criminalverfahren, zufällig (53), die Proceßführung über den Civilpunkt (im Adhäsionsproceße) erleichtert werden könne.

---

(53) Statt dieses »zufällig« sagt Stübel mit Recht: »Ohne Ausnahme setzt die Ueberführung des Inculpaten, »daß er ein in Frage befangenes Verbrechen verübt habe, und »dieses ihm zugerechnet werden könne, dessen Verbindlichkeit »zur Vergütung des Schadens jedesmal ausser Zweifel.« (S. dessen Criminalverfahren: Bd. III. §. 1336.)

z. B. bei der Beweisführung. Nun frage ich ihn: ist diese Erleichterungspotenz nicht eine »Beförderungs=« Potenz, unb hat er diese Beförderungspotenz nicht eben selber noch für eine Einflußpotenz erkannt? — (was ihm übrigens — ut ajunt — der Geier danke!)

Uebrigens: setze ich hinzu: besteht bekanntlich die Einflußqualität keineswegs ausschließlich in der Erleichterungspotenz: wie er dies in seinem §. 56 ja ebenfalls mit dürren Worten anerkennt. Es gibt auch eine präjudicielle Einflußpotenz. Präjudicirt wird aber durch die Sentenz in obiger Criminalcausa der Civilcausa gewißlich (54).

Ferner schlage er seinen eigenen, freilich höchst unbefriedigenden, §. 58 nach: so wird er angedeutet finden, daß die materielle Connexität zwischen beiderlei causis den Criminalrichter auch für die Civilcausa competent mache. Nun frage ich ihn: ist diese Competenzerzeugungspotenz etwa nicht eine Einflußpotenz der peinlichen Sache im Verhältniß zur bürgerlichen: und zwar eine präparatorische? Schwerlich wird er es leugnen wollen: denn er widerspräche dann seinem eignen §. 56.

---

(54) Dies folgt: vi arg. a minori ad majus aus l. 2 §. 1. D. 47. 8. Vergl. Kleinschrod: im neuen Archive des Crim.R. Band II. S. 157 — 287.

XCIV.

Können Incidentsachen auch nach rechtskräftiger Entscheidung der Hauptsache noch vorkommen? (§. 30.)

Diese Frage wird von Herrn Kirchenrath Linde, auf S. 75, bei Note 5, kategorisch bejaht; mit dem Zusatze, daß ich anderer Meynung sey: und zwar unter Berufung auf das Kap. 3. X. 4. 20.

Nun habe ich aber, auf S. 120 und 121, deutlich genug gesagt, daß eine Incidentsache auch noch nach rechtskräftiger Entscheidung der Hauptsache anhängbar sey; allein nur nicht später als nach vollendeter Execution in eben dieser Hauptsache. So wie sie dasteht ist mithin Linde's Relation von meinem Dissens eine actenwidrige.

Was spricht nun aber Clemens III. am angeführten Orte? Nichts mehr und nichts weniger als: es sey eine Albernheit von einem Richter, vor welchem eine Ehescheidungs- (eigentlich Ehenichtigkeits-) Klage gleichzeitig mit der actio dotis repetendae ventilirt worden ist, bloß über die erstere — präjudicielle causa zu er-

kennen, und nicht zugleich auch über die letztere: die ja eine causa indicens sey; und daß in diesem Falle das vergessene secundäre Urtheil durch fraglichen Schaafskopf noch nachgeholt werden dürfe und müsse.

Liegt nur hierin wirklich und wahrhaftig eine Bestätigung von Linde's nonsensicalischem Satze, daß eine Incidentsache noch nach gänzlicher Erledigung der Hauptsache allerst zur Verhandlung kommen, oder anhängig gemacht werden könne? Ich sollte doch meynen: der Papst rede bloß von einer schon verhandelten, aber noch nicht entschiedenen, Incidentsache.

XCV.

Ist keine Partei, als solche, verpflichtet, der andern die Proceßführung zu erleichtern? (§. 37.)

Auf S. 132 und 133 habe ich gerügt, daß Martin diese Frage im scheitelrechten Widerspruche mit sich selber verneine.

Unter Berufung auf Martin gibt nun Linde (S. 177 bei Note 4.) die nämliche Antwort, mit dem Zusatze, daß ich, ohne Grund, anderer Meynung sey.

Was bei dem Herrn Kirchenrathe das Wort »grundlos«

bedeute, mag ein Oedipus errathen, wenn es wahr ist, daß er, ohne Grundlosigkeit, behaupten kann: ein crasser Selbstwiderspruch sey ein grundlos gerügter Materialschnitzer. Soviel aber halte ich für handgreiflich evident, daß auch diese Linde'sche Negatio, sammt der gegen mich aufgepflanzten Grundlosigkeitsbehauptung, ebenfalls nichts Anderes als ein Selbstwiderspruch, d. h. ein logischer Hauptschnitzer, sey.

Er beliebe seinen eigenen §. 279 aufzuschlagen: dann wird er, auf S. 412 bei Note 7 und 8, den Satz vorfinden: Beide Parteien sind sich zur Edi» tion derjenigen Urkunden verpflichtet, welche der »(re» spective)« Gegner zur Führung des eigentlichen Gegen» beweises bedarf«.

Nun frage ich ihn: ist die Verbindlichkeit eines jeweiligen Angreifers im Civilforo: — er sey nun der *autor* einer actio oder einer *exceptio:* — dem Angegriffenen die directe Gegenbeweisführung, durch eine solche Edition, zu erleichtern, nicht eine Proceßerleichterungspflicht der Aggressivpartei, zum Vortheil der Defensivpartei?

Er wird wohl thun, fortan etwas zurückhaltender mit seinen Grundlosigkeitsthesen zu seyn, und nebenbei, zu seiner Belehrung über die processualische Editionspflicht, auch noch Hefftter's Institutionen des Civilpr. (Bonn 1825) nachzulesen, wo S. 220. Nro. 11, obige Frage ebenfalls virtualiter affirmativ beantwortet steht.

XCVI.

Gibt es wirklich Omissivhandlungen? (§. 82.)

Auf S. 183 und 184 habe ich: en passant, die Bemerkung fallen lassen, daß der Ausdruck Omissivhandlung ebenso nonsensicalisch sey, wie eine Papiergelds-Einschmelzung physisch unmöglich ist.

Diese Bemerkung erklärt nun der Herr Kirchenrath, auf S. 219, Note 1, für grundlos, unter Berufung auf l. 189. D. 50. 16 und l. 121. D. 50. 17.

Das erstere Fragment sagt, »*Facere* oportere et hanc significationem habet, ut *abstineat* quis ab eo facto, quod contra conventionem fieret, *ne* fiat«; und auch die letztere Stelle handelt vom facere.

Darin soll nun also meine Widerlegung stecken?! — Wo steht denn geschrieben zu lesen, und wo habe ich je den Unsinn behauptet, daß unser Wort »handeln« das Aequipollens vom römischen Kunstausdruck »facere« sey. Dann müßte ich auch z. B. implicite behaupten: damnum facere sey synonym mit »einen Schaden handeln,« oder »facit haeredem qui moritur« heisse soviel

als, der Sterbende handelt einen Erben,« oder facere exemplum in Davum sey aequal: « an Davus oder gegen Davus ein Beispiel handeln « (statt statuiren). (55)

Ich bitte den Herrn Kirchenrath, mir künftig keine Pinseleien in den Mund zu legen, um einen Ritterſporn an mir verdienen zu können.

In der angeführten Stelle von Paulus (Dig. 50. 16) läßt sich das Wort facere, wenn uns die Grammatiker nicht ins Angesicht speien sollen, gar nicht anders übersetzen als durch » Sich benehmen «.

XCVII.

Ueber die Rechnungsprocedur. (§. 249).

Auf S. 499, bei Note 3, bemerkt Linde, daß » auch « ich seiner Behauptung widerstreite, daß die Rechnung nicht die Exceptionsschrift, sondern vielmehr die Erklärung des Beklagten (i. e. des Rechnungsführers) über die Erfüllung seiner Verbindlichkeit, sey.

Hier kann ich nicht umhin, meinen Schutzheiligen inbrünstig anzuflehen, daß er mich entweder mit allen

---

(55) Vergl. den Brissonius sub voce » Facere. «

Lesern verschonen möge, oder ihnen schärfere Augen schenke, als der Herr Kirchenrath sie zu haben scheint.

Mit keinem Hauche habe ich auf S. 310 bejaht oder verneint, daß die Rechnung die Klagschrift, oder daß sie die Exceptionsschrift sey, sondern mein einziges Bestreben gieng bloß auf die Demonstration aus, daß die Martin'sche Theorie vom Rechnungsproceß ein absurder Gallimathias sey. Die Aufstellung meiner eigenen Dogmatik habe ich mir vorbehalten; und hier sollen denn, um ferneres Mißverständniß zu verhüten, deren Grundlinien folgen.

1. Rechnung heißt hier, in sensu eminenti, die sogenannte Bilance oder der Status von gemachten Einnahmen und bestrittenen Ausgaben, welche derjenige, welcher für einen Anderen eine (ökonomische) Verwaltung geführt hat, eben diesem Anderen fertigen, vorlegen und einhändigen muß: gleichviel

a) ob ein für alle Male (wie z. B. ein negotiorum gestor), oder periodisch — von Zeit zu Zeit (wie z. B. ein Fiscal- oder ein Kirchen-Verrechner oder ein tutor, von Jahr zu Jahr);

b) und ob er seine Verwaltung ausschließlich für jenen Anderen geführt habe (wie die eben unter a genannten Administratoren uud wie ein mandatarius), oder zugleich auch für sein eigenes Privatinteresse: wie z. B. ein administrirender Handelsgesellschafter: namentlich der Complementarius gegenüber vom Commanditisten.

2. Derjenige, welchem eine solche Rechnung gestellt

wird, heißt Rechnungseigenthümer oder Rechnungsherr; der Steller hingegen heißt Rechnungsführer oder Rechner.

3. Jeder einzelne Ansatzposten im Einnahmeregister einer solchen Rechnung hat den Sinn: »für soviel bekenne ich, der Rechner, mich, ex hoc capite, verantwortlich. Es ist Das, was in der Mercantilbuchhaltung mit »Haben« bezeichnet wird (d. h. Haben mein Herr Mitcontrahent an mich, den Verfertiger des Conto, zu gut).

4. Jeder einzelne Ansatzposten im Ausgabregister hingegen hat den Sinn: »ich, der Rechner, behaupte, daß für soviel mir der Rechnungsherr tenent sey.« Es ist Das, was in der Mercantilbuchhaltung durch »Sollen« bezeichnet wird: (d. h. »Sollen mein Herr Mitcontrahent mir dem Verfertiger des Conto vergüten«).

5. Die Vergleichung der Summe aller Einnahmposten mit der Summe aller Ausgabposten — die Bilanzirung des Rechners — ist nichts Anderes als eine Compensatio.

6. Zeigt die Bilanze, daß der Rechner mehr ausgegeben als eingenommen habe: so nennt man die Differenzsumme, deren Vergütung er vom Rechnungsherrn fordert, den »Bevor« (56) oder »Activreceß« des Rechners. (Sie ist Das, was in der Mercantilbuchhaltung »Activsaldo« heißt.)

---

(56) S. z. B. das Badische Landrecht, Art. 474.

7. Zeigt diese Bilanze hingegen, daß der Rechner mehr eingenommen als ausgegeben habe; so nennt man die Differenzsumme, zu deren Auslieferung oder Vergütung an den Rechnungsherrrn der Rechner sich, eigenhändig, schuldig bekennt, den »Passivreceß« des Rechners (56). Sie ist Dasselbe, was der mercantilische Conto-corrent-Steller seinen Passivsaldo nennt).

8. Es springt ins Auge, daß, wenn im Falle von N. 6. der Rechnungsherr praestanda nicht prästiren will, der Rechner in der Nothwendigkeit des Klagerhebens stehe; während, im Falle von Nro. 7, wenn der Rechner seine Verbindlichkeit unerfüllt läßt, der Rechnungsherr zu klagen gedrungen ist.

9. Die Ausstellungen, welche der Rechnungsherr gegen eine solche Rechnung macht, führen den Namen »Monita«: gleichviel ob er sie direct selber mache, oder ein Anderer (z. B. eine Revisionsbehörde) statt seiner; und ob er sie vor Gericht mache, oder aussergerichtlich.

10. Man theilt diese Monita

a) in generelle: d. h. in solche, die sich gegen die Form der ganzen Rechnung überhaupt auflehnen, und sagen: dieselbe sey unverständlich (z. B. wegen chaotischen Durcheinandergemenges der Posten), oder allzusummarisch (d. h. nicht specificirt — detaillirt genug).

b) Und in specielle, d. h. solche, welche in

---

(56) In der Sprache des Code Napoléon: »*Reliquat.*«

Rügen wider einzelne Ansatzposten der Rechnung bestehen.

11. Da Alles was gesetz- und pflichtwidrig geschieht, bekanntlich für nicht geschehen gilt, so ist eine formwidrige Rechnung so gut wie gar keine Rechnung.

Stell mithin der Rechnungsherr ein Generalmonitum auffergerichtlich auf, so ist dies nichts Anderes als eine extrajudicielle Negatio der Erfülltheit von des Rechners Rechnungsstellverbindlichkeit.

Trägt er sie, in dem Falle, wenn, nach Nro. 8, der Rechner geklagt hat, gerichtlich vor, so ist dieses Generalmonitum nichts Anderes als eine exceptio dilatoria libelli obscuri: es wäre denn, daß der beklagte Rechnungsherr auch das Gesuch um Condemnatio des klagenden Rechners zur Stellung einer formgerechten und pflichtmäßigen Rechnung hintangehängt hätte: denn dann erschiene dasselbe zugleich auch als Reconventio auf Rechnungsstellung (58).

Stellt der Rechnungsherr ein solches Generalmonitum in Form einer Vorklage auf, so ist dasselbe nichts Anderes als eine qualificirte Klage auf Rechnungsstellung, d. h. z. B. respektive die actio mandati, tutelae, oder negotiorum gest., directa, oder die actio pro socio gegen den Rechner, mit anticipativer Bestreitung von des Letzteren bevorstehender exceptio jam adimpletae obligationis.

---

(58) Dies habe ich schon auf S. 101 vom Bd. II. des Gensler'schen Commentars angemerkt.

12. Ein Specialmonitum lehnt sich auf

A. entweder gegen Posten des Einnahmregisters. Dann sagt es wiederum

a) entweder, es sey eine gemachte Einnahme gänzlich ausser Ansatz geblieben. Dann ist es A, in dem Falle wenn der Rechnungsherr klagt, respective die actio pro socio, mandati oder tutelae directa etc., auf Herausbezahlung dieses Postens: etwa mit Zinsen; B, in dem Falle hingegen wo der Rechner geklagt hat, die exceptio compensationis: etwa mit angehängtem petitum reconventionale.

b) Oder es sey eine gemachte Einnahme zu niedrig angesetzt. Dann hat das Specialmonitum völlig die soeben unter a bezeichnete Natur.

c) Oder es sey eine Einnahme, oder eine Einnahmserhöhung, durch des Rechners Schuld unterblieben. Hier ist das Specialmonitum, alsdann wenn der Rechnungsherr klagt, eine Entschädigungsklage aus dem betreffenden Contract oder Quasicontract, wegen schlecht geführter Verwaltung; wenn aber der Rechner als Kläger aufgetreten war, eine exceptio compensationis, ex eodem capite: etwa mit hintangefügtem Reconventionalpetitum.

B. Oder das Specialmonitum lehnt sich gegen Posten des Ausgabregisters auf. Dann sagt es wiederum:

a) eine angesetzte Ausgabe sey nicht bescheinigt. Hier ist das Monitum, alsdann wenn der Rechnungsherr klagt, die reine Contracts- oder Quasicontracts-

klage auf Vergütung des fraglichen Betrages; hingegen wenn der Rechner geklagt hatte, eine litis contestatio negativa: etwa mit hintangefügter reconventio.

b) Oder es sey eine angesetzte Ausgabe nicht geschehen, ohngeachtet sie vom Rechner bescheinigt stehe. Hier ist das Monitum, wenn der Rechnungsherr klagt, nichts Anderes als die eben unter a bezeichnete Klage, aber in qualificirter Form: das heißt mit anticipativer Negation vom Fundamente der bevorstehenden exceptio adimpletae obligationis des Rechners, und etwa auch mit anticipativer Beweiseinrede der Fälschung, gegen dessen Bescheinigungsmittel für eben diese exceptio. Hatte hingegen der Rechner geklagt, so ist dieses Monitum eine litis contestatio negativa gegen das Realfundament von dessen respectiver Contracts- oder Quasicontractsklage: mit anticipativer Bestreitung von dessen anticipativem Bescheinigungsmittel; etwa mit hinangehängter reconventio auf Vergütung des fraglichen Betrages.

c) Oder es hätte die quästionirte Ausgabe entweder gar nicht, oder doch in geringerem Maaße, gemacht werden sollen. Hier ist das Monitum, alsdann wenn der Rechnungsherr klagt, eine qualificirte Contracts- oder Quasicontractsklage auf Vergütung des fraglichen Betrages: d. h. es ist diese Klage, mit anticipativer replica doli oder culpae, gegen des Rechners bevorstehende exceptio adimpletae obligationis. Hatte hingegen der Rechner geklagt, so ist es die *exceptio* doli oder culpae:

etwa mit hintangehängter reconventio auf Vergütung der summa concurrens.

Linde's beide §. §. sind schon darum grundfalsch weil er, ebenso wie Gensler l. c., seine ganze Theorie auf das Vorurtheil — auf die fixe Idee — gebaut hat, als sey, im Rechnungsproceß, immer der Rechner beklagte Partei. Er belehre sich eines Besseren z. B. aus meines sehr schätzbaren Landsmannes Rheinländer »Rechnungsrecht nach badischen Gesetzen« (Karlsruhe, 1823: S. 103 ff.) einem Büchlein, welches den plumpen Quaderstein von Munnoz de Escobar (59) gänzlich verdunkelt.

XCVIII.

Ueber Martin's Thesis: „der Real-Arrest „kann nur auf des Schuldners wenigstens litigiöse Sachen gelegt werden." (§. 230.)

Linde stellt, S. 517, den Satz auf: Realarreste »können stets nur gegen des Schuldners Vermögen verhängt

---

(59) de ratiociniis administratorum. Nürnberg, 1682. 4.

werden: und fügt dazu, in der Note 9, die Bemerkung: »Ob hierüber« (60) (i. e. über dieses Vermögen) »ein »Rechtsstreit anhängig ist, hindert nichts. So ist wohl »zu verstehen Martin, §. 230 »wenigstens litigiöse«, »weshalb ohne Grund dagegen Morstadt Materialkri»tik S. 304 ff.«

Auch hier hätte, so dünkt mir, der Herr Kirchenrath besser gethan, sich zum Champion der Martiniade nicht aufzuwerfen.

Es mag allenfalls noch gelten, daß der quästionirte Martin'sche Afterlakonismus sich so paraphrasiren lasse: »auf diejenigen Sachen, die entweder Vermögensbe»standtheile des Schuldners sind, oder auf welche er we»nigstens einen schon streithängigen Rechtsanspruch erho»ben hat.«

Nimmermehr aber duldet, ohne Verhöhnung aller Grammatik und Logik, jener Lakonismus auch folgende Paraphrase; »auf diejenigen Sachen, welche entweder »unbestrittene Vermögensobjecte des Schuldners sind, »oder doch höchstens durch eine noch in Streithängig»keit befindliche Klage angegriffen stehen.«

Nun ist aber der Inhalt dieser letzteren Paraphrase allermindestens ebenso processualisch richtig wie der der ersteren; und somit stürzt die Martin'sche Thesis, als eine schielende, zusammen: wenn es gleich plausibel ist, das die Intepretation, welche ich, Anno 1820, über deren abstruse und inadäquate Worte habe ergehen lassen,

---

(60) Man lese: »daß hierüber«!

nicht mit der authentischen Interpretation des Compendiographen übereinstimmen möchte.

Weil wir denn doch aber einmal auf den Linde'schen Satz quaestionis zu sprechen gekommen: so bemerke ich, daß derselbe unstichhaltig sey.

Aus der Natur der Sache, und namentlich daraus, daß der Arrest oft in größter Eile, z. B. über die Effecten eines Durchreisenden, verhängt wird und werden muß, ergibt sich, daß auch solche Sachen arretirbar seyn müßen, welche sich im bloßen Besitze, und zwar sogar im bloßen Naturalbesitze, des Schuldners befinden: zumal vollends solche, woran derselbe Faustpfandrechte hat: versteht sich, unter dem Vorbehalte, daß, wenn der Arrestant oder der dritte Rechtsinhaber (z. B. Mandant, Deponent, Faustpfandschuldner, Eigenthümer ꝛc.) nachzuweisen vermögen würde, daß diese arretirten res tertii auf keinen Fall, im Executionswege, zur Befriedigung das Impetranten würden verwandt werden dürfen, der Arrest wieder werde aufgehoben (relaxirt) werden. (61)

Dies erkennen ausdrücklich an: *Mevius:* P. VIII Dec. 331, und Fredersdorf, in der Anweisung für Justizbeamte, Bd. III. S. 190 N. 4: worunter der Erstere bekanntlich der Hauptmonograph über das Arrestwesen ist.

Nun lehrt aber die 150te regula juris civilis

---

(61) Vergl. Heffters Justitutionen des Civ. P. S. 429 N. 6 pr.

(D. 50. 17.) »Quod evincitur in bonis non est:« ist kein Vermögensbestandtheil; während die l. 49 D. 50. 16. sagt: In bonis nostris computari sciendum est non solum quae *dominii* nostri sunt, sed et si *bona fide a nobis* possideantur.

Aus der Vergleichung dieser beiden Stellen ergibt sich, daß bloße Naturalbesitzthümer zu den bonis nimmermehr gehören: selbst nicht in der laxesten Bedeutung dieses Wortes (62).

Folglich ist es ein Irrthum, wenn Linde bloß Vermögensobjecte des Schuldners für arretirbar erklärt.

XCIX.

Ueber die Liquidität von proceßhindernd-peremtorischen Einreden. (§. 145).

Martin sagt (S. 253 der IXten Aufl.): »Es be»freien alle zerstörliche Einreden, welche sofort liquid »oder wenigstens nach Art des Executivprocesses liqui»dabel sind, von der Einlassung«.

---

(62) Vrgl. v. *Savigny*: vom Besitze: Ausg. V. S. 490, Nota 1.

Hiergegen spricht Gensler, auf S. 276 vom Bd. I seines Commentars, die Rüge aus: »Diese Ver»gleichung mit dem Executivproceß ist hinkend: weil »dieser (letztere) Proceß nur schriftliche Urkunden zuläßt: »der schleunige Beweis der proceßhindernden Einrede »aber auch durch die Ocularbesichtigung, und durch den »eigenen Vortrag des Klägers, sich herstellen läßt.«

Zu dieser Gensler'schen Rüge habe ich nun das »fragweise Glossem hinzugefügt: »Steht dieser eigene »Vortrag des Klägers etwa auch im Gegensatze vom »Inhalt einer schriftlichen Urkunde?«

Ueber diese Glosse läßt sich mein Hallensischer Recensent (63) also vernehmen: »Es ist dies eine von den »seltenen Anmerkungen, worüber mit dem Glossator »noch sehr zu rechten wäre: da der Gegensatz zwi»schen Geständniß, und Beweis in engerer »Wortbedeutung, bekannt genug ist.«

Was mich betrifft, so gratulire ich mir, daß mir der Name dieses Herrn Recensenten nicht nur nicht bekannt genug sondern gänzlich unbekannt, ist: denn umso unbedenklicher kann ich sagen, wenn dies nicht absurdes Geschwätze heißt, so muß das Wort absurd, als ein superfluum, aus dem Lexicon gestrichen werden.

Was, vor allen Dingen, die Thesis selber betrifft: »Geständniß und Beweis sensu stricto stehen in Antithese«: so kann sie hoffentlich nur soviel sagen wollen

---

(63) In N. 26 der Ergänzungsblätter d. A. L. Z. von 1828. S. 203.

als: Geständniß und Beweismittel sensu stricto stehen im Gegensatze. (64) Hierauf antworte ich: Nicht bloß mit dem Beweismittel sensu *stricto*, sondern auch mit dem Beweismittel sensu *lato*, steht das Geständniß im Gegensatze: denn das Geständniß ist überall gar kein Beweismittel, sondern vielmehr ein Beweisgrund: wie dies Gensler auf S. 223 und 224 jenes Bds. I. selber ausspricht, und wie ich es auf S. 227 dieser Materialkritik deutlich genug demonstrirt zu haben glaube.

Was nun aber die Application dieser recensentischen Thesis betrifft: so heißt sie offenbar so: da Beweismittel (s. str.) im Gegensatze vom Geständniß steht, so hat M. mit Unrecht den Klagevortrag für eine bloße Species von Inhalt einer schriftlichen Urkunde erklärt (denn so und nicht anders kann hoffentlich meine Glosse interpretirt werden.)

Wenn dies nicht ein nonsensicalischer Schluß a ba-

---

(64) Das Wort Beweis wird nämlich von solchen Juristen, welche schlechte Grammatiker und Logiker sind, in dreierlei himmelweit verschiedener Bedeutung gebraucht: nämlich

1, als ein Synonym von Beweismittel. (In dieser Beziehung sagen sie z. B. »Diese Urkunden sind hinlängliche Beweise.«)

2. Als ein Synonym von Beweisführungsact der Parteien. (In dieser Hinsicht sagen sie z. B. »der Zeugenbeweis ist ein langsamer Beweis,«)

3, Und als ein Synonym von Beweisprocedur-Resultat oder Product. (In dieser Hinsicht sprechen sie von »halbem« und von »ganzem Beweise«.)

culo an angulum ist: ganz nach Analogie von der der Conclusio: »Da das Pulver im Gegensatze von »Pulverexplosionskraft steht, so hat X mit Unrecht den »Bombenkessel für eine bloße Species des Pulverge»schützes ausgegeben:« dann weiß ich nicht mehr — was Nonsens heißen soll.

Was aber das Schönste ist: Gensler selber erkennt auf S. 455 von Bd. I seines Archives die Trifftigkeit meiner Rüge an, (65) und hat also obige Stelle seines Commentars im Widerspruche mit sich selber niedergeschrieben.

Soviel zu meiner Apologie wider den Recensenten. Nun noch ein Wort über die obige Rüge von Gensler contra Martin.

Es ist diese Rüge auch deßhalb grundlos, weil Martin keineswegs in Abrede stellt, daß die Ocularinspection, unter bestimmten Voraussetzungen, zur Erhärtung einer proceßhindernd-peremtorischen Einrede dienlich sey: nämlich — dies spreche ich mit Bestimmtheit aus —

---

(65) Seine Worte sind folgende: »In dem Hülfspro»ceß (Exekutivproceß) sind schriftliche Documente absolut we»sentlich; die proceßhindernde Einrede in dem ordentli»chen Proceß aber läßt sich auch durch andre (i. e. nicht»schriftliche) Urkunden, und wenn der Kläger unklug ist, durch »dessen Geständniß in der Replik, als einer in dem Ver»fahren entstehenden Urkunde, schleunig be»weisen; wohl auch bloß ex jure, bezüglich (d. h. mit Hin»weisung oder Berufung) auf die in der Klagschrift selbst »enthaltenen, und also vom Kläger selbst liquid be»urkundeten, Thatsachen.«

so oft sie evidentium facti erzeugen kann, und im Gerichtsbezirke des fori litis pendentis selber direct — vornehmbar ist, — d. h. nicht durch Requisition veranstaltet werden müßte. Ich sage: Martin stellt dies nicht in Abrede: indem sein Text zwischen sofort liquiden, und — nach Art des Executivprocesses — liquidabeln, Einreden jener Art unterscheidet; seine Note f aber, wo er sagt: »Zu den sofort liquiden gehören diejenigen, welche keiner Beweisführung, wenigstens auf Seiten des Beklagten, bedürfen, und die, welche durch öffentliche Urkunden sogleich erwiesen sind:« indem, sage ich, diese seine Note keinen Buchstaben von den Partikeln »nur« oder »bloß« enthält: so daß darauf die Regel applicabel ist: unius positio non est alterius exclusio. Gerade in diese erstere Rubrik der Martin'schen Alternative (d. h. in die Kategorie der sofort liquiden p. Einreden) fällt ja aber, nach Gensler's eigenem Ausspruche, dienige p. Exception, welche durch Augenschein erhärtbar ist. Er sagt nämlich (auf S. 39, Note 1: vom Bd. I. des Archivs): »Wenn »z. B. das Daseyn der Gränzsteine zu beweisen ist, »und der besichtigende Richter die Märcker zu dem Zweck »zuzieht, die sich vorfindenden Steine zu heben, und »wegen der Aechtheit der Eyer sich zu erklären, jene Sach»verständige aber diese für ächt anerkennen, so ist dies »eben so viel, als wenn der Richter das öffent»liche Siegel einer Urkunde als ächt, und mithin »deren Eigenschaft als bewiesen, findet.«

C.

Ist die Einlassung auf die Klage die Bedingung der Befugniß zum peremtorischen Excipiren? (§. 151 und 152).

Mein quästionirter Recensent sagt: »M. dreht sich im »Zirkel, wenn er auf S. 283 vom Bd. I. des Gens»ler'schen Commentars fragt, wo es geschrieben stehe, »daß die Einlassung auf die Klage die unerläßliche Be»dingung der Befugniß zur Vorschützung peremtorischer »Einreden sey? In der gesetzlichen Bestimmung der spe»ciellen Klagebeantwortung selbst und in dem Begriffe »derselben steht es geschrieben, woraus es eben Gens»ler entwickelt hat.«

Wer der Logik und ihrer Kunstsprache so unkundig ist als, zufolge dieses seines Probestückleins, mein Recensent, sollte billig aus der Recensentengilde proscribirt werden. — Sich im Zirkel drehen, heißt bekanntlich, eine unerwiesene Prämisse (kraft einer *Petitio* principii) zur Basis eines Conclusionssatzes machen, und sodann diesen illusorisch bewiesenen Conclusionssatz wiederum als eine Prämisse zur Basis vom Beweise jener Prämisse benutzen. Geschieht dies mala fide, so ist dieser

Act eine scandalose Sophisterei; geschieht es aber bona fide, so spricht der Argumentant als Schaafskopf. Der Vorwurf des Concludirens im Zirkel ist mithin auf jeden Fall eine injuria atrox. Der Herr Aristarch mag es daher nur als eine gerechte Retorsion annehmen, wenn ich ohne Compliment und Ceremoniell mit ihm verfahre.

Was ist es, prácis und adáquat ausgedrückt, wessen er mich hier beschuldigt? Des albernen Bestehens auf einer Nachweisung von Corollargesetzen, trotz aller Nachgewiesenheit von Prämiß-Gesetzen. Dies ist nicht, ein im Zirkel Gehen, sondern ein Act entweder der logischen Blindheit oder der Rechtsignoranz.

Welches wären denn nun aber diese Prämißgesetze quaestionis?

1. Erstlich sollen es diejenigen Gesetze seyn, wodurch dem Beklagten eine specielle Klagbeantwortung anbefohlen wird; also der §. 37 des J. R. A., und der Visit-Absch. von 1713. §. 54. (66).

Mit Recht hat man diese Norm überall dahin ausgedeutet: nur was Beklagter, in seiner Einlassung, leugnen will, muß er specifice leugnen, und nicht in Folle.

Aus der Norm also, daß eine summatim abgefaßte ausdrückliche Negation des Realfundaments der Klage verboten ist, soll folgen, daß die ausdrückliche Negation oder aber Affirmation, — kurz die wirkliche Beantwor-

---

(66) Vergl. hierüber oben den Entwurf LXIII, S. 253 bis 261 und Linde's Abhandlungen S. 16 und 17.

tung jenes Realfundamentes die conditio sine qua non der Excipirerlaubniß sey.

Man sieht: dieser Schluß ist etwas halsbrechend: ohngefähr wie die Conclusion: »da das Silber aus dem spanischen Amerika nur in Piasterform, und nicht in Barrenform, exportirt werden durfte; so war nothwendig Jedem, der keine Piaster exportirte, auch die Cochenille-Ausfuhr untersagt.« Ich überlasse dergleichen Münchhausen'sche Waghalsereien der dialektischen Bravour des Herrn Aristarchen, und bekenne mich zur Nachahmung unfähig.

2. Zweitens sollen es die Gesetze seyn, wodurch der Begriff der Klagebeantwortung positiv fixirt wird; also z. B. die K. G. O. v. 1555. III. §. 1. und 4.

Dies heißt ebensoviel als behaupten: aus dem Begriffe des Suppenessens folgt, daß das Suppenessen die conditio sine qua non vom Bratenessen sey.

Dieser salto erscheint mir als mortalissimo, und auch er bleibt ein Schreck für mich.

Eine Tugend des Martin'schen Lehrbuches — so dünkt mir — ist es, daß es diesen crassen Irrthum Gensler's und meines Aristarchen nicht predigt.

Das Heilkraut für eine etwaige Wunde, die dem Kläger aus der Antwortunterlassung des Excipienten etwa erwachsen könnte, oder wäre, steht ja sonnenklar in der Pharmakopoe unseres universallen Civilproceßcodex aufgepflanzt: es heißt: Positionen.

CI.

Wo ist das gegen einen Dritten gerichtete Editionsgesuch vorzutragen? (§. 199).

Martin sagt: ein solches Editionsgesuch sey abgesondert, d. h. in einem separaten Libell, vorzutragen.

Gensler sagt dagegen auf S. 374 vom Bd. I. seines Commentars: »Es kann aber auch der Producent »gleich in der Beweisantretungsschrift selber (— also »nicht in separato) das Editionsgesuch gegen den dritten Besitzer anfügen: vorzüglich wenn der (dieser) Besitzer ein Gerichtsunterthan des judicis litis pendentis »ist.«

Hierzu habe ich die fragende Glosse gemacht: »verträgt sich dies mit dem Verbote der subjectiven Klagencumulation?«

Hierauf erhalte ich nun von meinem Hallensischen Recensenten die Zurechtweisung: »Editionsgesuche sind »von subjectiven Klagenhäufungen so himmelweit verschieden, wie das Accessorium vom Principale.«

Wahrscheinlich wollte der Aristarch sagen von »Klagen,« denn der Vorwurf, daß ich ein Editionsgesuch

mit einer Klagenhäufung confundirt habe, ist denn doch wohl eine allzu absurde Beschuldigung. Aber — so schreibt man in Deutschland Recensionen!

Hier haben wir ein unschätzbares Gegenstück zur voranstehenden Kritik.

Dort *Orlando's* Verwegenheit in der Dialektik; hier *Pedrillo's* Hasenherzigkeit in der Logik!

Habe ich denn etwa ein Editionsgesuch mit dem Namen Klage belegt? — Habe ich einen mit einem Editionsgesuch verknüpften Klagevortrag eine Klagencumulation genannt? Gewiß nicht: denn ich habe in meiner Glosse 2 der Seite 40 vom 1ten Bande des Gensler'schen Commentars ausdrücklich zwischen Klagen und Gesuchen distinguirt, und oben auf S. 126 dieser Antimartiniade diesen selben Unterschied scharf und deutlich gezeichnet. Auch ist ja in der befragten Stelle Gensler's nicht vom Klaglibell, sondern von Beweisantrittslibell, die Rede.

Mein Einwurf konnte also von keinem Logiker anders ausgelegt werden, als dahin: es verträgt sich dieses Nichtspariren des Editionsgesuches contra tertium, vom Beweisantritt wider die Gegenpartei, nicht mit dem Geiste — mit der handgreiflichen *ratio* — des Verbots der subjectiven Klagencumulation: sintemal die Proceßgesuche (also auch das Editionsgesuch) *analoga* von Klagen sind. Statt dessen interpretirt mich mein Aristarch offenbar so: »sie vertragen sich nicht mit dem Buchstaben jenes Verbotes.« Ist er denn zu einer Conclusion ex *ratione* legis ganz invalid? Bedarf er wirklich des

Opiums noch dringender von der einen Seite, als von der andern des Temperirpulvers? Fast sollt' ich es meynen: denn sonst hätte er mir nicht, gleich einem podagrischen Großvater aus dem Lehnstuhl, das alberne qui proficit in litteris etc. zugehustet.

Ich antworte ihm: zu den literärischen moribus gehört eminenterweise die Unterlassung des Betadelns und Hofmeisterns von Gelehrten, die man offenbar nicht einmal zu begreifen vermag.

Was aber Martins (67) und meine Thesis selber betrifft, so will ich sie hier ausführlicher deduciren und erklären.

1. Vor allen Dingen ist zu bemerken, daß nur derjenige judicielle Rechtsanspruch auf Urkundenedition den Namen Editionsgesuch führe und führen dürfe, welcher den Proceßgesetz-Codex zum Fundament hat. Liegt demselben der Codex des theoretischen Privatrechts zu Grund, so heißt er Klage (68); und von dieser ist hier durchaus keine Rede: wenn gleich Linde sie mit jenem Gesuche vermengt (69).

2. Allerdings scheint die Praxis (70) universell die

---

(67) Vergleiche auch dessen §. 305 (316 der neuen Ordnung), Note 6.

(68) Nicht gerade Editionsklage! Es kann z. B. die actio pro socio, oder die actio mandati directa, seyn, deren Petitum auf Urkundenedition gerichtet ist.

(69) In seinem §. 280.

(70) Die Zeugen hiefür hat aufgezählt Reinhardt auf

von Cujacius aus den Basiliken restituirte l. 22. Cod. 4. 21. gerade so gut zu befolgen als ob sie glossirt und in Deutschland recipirt wäre: und es geht mithin die processualische Verbindlichkeit des Dritten ad *edendum* mit dessen Verbindlichkeit ad *testimonium dicendum* Hand in Hand.

3. Das Editionsgesuch gegen diesen Dritten ist stets mit der Hauptsache nicht bloß materiell (nämlich präparatorisch) connex, sondern auch formell: indem es nämlich immer nur allein bei dem foro litis (principalis) pendentis vorgetragen werden kann. S. die angeführte l. 22. Cod.

4. Mit Unrecht sagt Martin, in der oben allegirten Note 2 seines §. 305, schlechtweg: »Die gegen einen »Dritten gerichteten Editionsgesuche machen einen be»sonderen (71) neuen Rechtsstreit aus.« Erstlich machen sie niemals einen solchen Rechtsstreit aus, sondern sind höchstens nur der Anfang eines solchen Rechtsstreites, so wie der Aushieb der Anfang des Duells; und zweitens veranlassen sie einen solchen Streit auch keineswegs jedes Mal.

5. Es kann nämlich, je nach Umständen, der soge-

S. 419; Note 6, vom Bd. I. seines Handbuches; und ich setze noch hinzu: Hommel (in den Artikeln »Documenta« und »Edition« des deutschen Flavius) und den sogenannten Klagen-Schmidt (§. 1354 — 1358. S. 863. ff. von Martin's Ausg.)

(71) Dieses Prädicat ist, zufolge meiner Nummer 3, cum grano salis zu deuten.

nannte Edent, id est der Implorat, zweierlei Einreden opponiren:

A Dilatorische: nämlich

a) implorationis obscurae: nämlich die Bezeichnung der von ihm verlangten Urkunde sey zu ungenau und undeutlich.

b) Deficientis cautionis pro expensis: denn die Exhibition geschieht auf Kosten des Imploranten.

c) Juramenti calumniae praestandi: seu deficientis demonstrationis *causae:* denn der Implorant muß, auf Verlangen, die Suspensivbedingung erfüllen, entweder sein rechtliches Interesse bei der Urkundenedition und Inspection zu bescheinigen, oder, statt dessen, den Gefährdeeid dahin auszuschwören, daß er seine Implo-ration nur aus einem solchen Interesse, und nicht aus Muthwille — aus Hudelabsicht (vexandi animo), erhoben habe (72).

B. Und peremtorische: nämlich

a) des Verlustes (z. B. durch interitus) der Urkunde;

b) daß die Edition ihm dem Imploraten nachtheilig sey;

---

(72) Vergl. hauptsächlich Leyser: S. I. Spec. 38 M. 4. und Goldschmidt's Abhandl. N. VII. mit l. 9. §. 3. D. 2. 13.

Ist der Fiskus dieser Implorat, so kömmt noch die weitere Einrede hier hinzu: daß Implorant noch keine Caution gestellt habe, diese befragte Urkunde nie contra fiscum benutzen zu wollen. l. 45. §. 6. D. 49. 14.

c) daß er gegen Denjenigen, wider welchen die Urkunde im Hauptproceß producirt werden soll, kein Zeugniß abzulegen verpflichtet sey;

d) daß (seines Calumnieneides ungeachtet) der Implorant dennoch bloß aus Hudelabsicht die Edition begehre;

e) daß die Urkunde contra fiscum benutzt werden solle (73).

6. Dieses Editionsgesuch contra tertium als einen Bestandtheil des Beweisantrittlibelles appendixweise vortragen: ist aus folgenden Hauptgründen sachwidrig und albern:

a) Weil es gegen eine ganz andere Person gerichtet ist als dieser Libell.

b) Weil der übrige Inhalt dieses Libells den Edenten gar nichts angeht: während ihm doch das Editionsgesuch copialiter communicirt werden muß.

c) Weil doch auf jeden Fall, von Stund an, auf das Editionsgesuch hin, ein Separatverfahren gegen diesen tertius eingeleitet wird und also leicht ein separater Actenfascikel erwachsen kann (wenn nämlich der Edent excipirt): wo es dann sehr störend und monströs ist, wenn der Angriffsvortrag — der Aushieb in diesem separaten Seitenduell, gleich einem Haarbeutel, in den Hauptacten eingepfuscht steckt.

Soviel zu Martin's Apologie!

---

(73) l. 45. §. 5. D. 49. 14.

Correcturen.

Seite 2 Zeile 16, v. u lese nächstfolgenden, statt nämlichen.
— 13 — 10, v. o. l. schüttelnd, st. nickend.
— 15 — 5 u. 6, v. o. l. mit der Theorie von unsern, st. mit unseren.
— 17 — 13, v. o. l. selber, st. selbster.
— 25 — 11, v. u. l. gerichtlichen, st. gerechtlichen
— 26 — 11, v. u. l. Fiskus Tabacksregie, st. Fiskus das Tabacksregie
— 55 — 10, v. v. o. l. nur dadurch, st. nur, wenn,
— 62 — 6, v. u. l. berechnet st. bestimmt
— 81 — 12, v. u. streiche man das Wort: hatte
— 114 — 2, v. o. l. XXVII, st. XXVIII.
— 137 — 10, v. o. l. Spiritualismus, st. Idealismus
— 140 — 5, v. u. l. Personalarrest-Gesuch, st. Personal-Arrest
— 140 — 13, v. u. l. wäre, st. wär
— 156 — 9, v. u. lese allein. st. allei
— 174 — 2, v. u. l. erhalten , st. erhalten,
— 178 — 5 u. 6, v. u. l. Georgone in die, st. Georgone selber in
— 196 — 11 u. 12, v. o. l. praesidium st. consilinm
— 266 — 9, v. u. l. gesetzten, st. gesetzten
— 278 — 3, v. o. l. Martin's, st. Martions
— 280 — 10, v. o. l. Einbrennen, st. Einbremen
— 325 — 4, v. o. l. (furchtsamer) st. (furchtbarer).

Inhalt.

(Die inclamirten arabischen Zahlen, mit §§. begleitet, bezeichnen die Paragraphen von Martin's Compendium, worauf die verschiedenen, in diesem Band' enthaltenen, Entwürfe sich beziehen).

		Seite
Vorrede		III
Einleitung		1
I. Definition der Proceß-Theorie.	(§. 1)	1
II. Hat der Proceß bloß verletzte Rechte zum Object?	(§. 1)	9
III. Steht die Proceß-Theorie im Gegensatze mit unseren Rechts-Befugnissen u. Verpflichtungen?	(§. 1)	15
IV. Wem wird durch den Proceßgang geholfen?	(§. 2)	22
V. Was lehrt unsere Proceß-Theorie in Ansehung der Subjecte des Processes?	(§. 2)	24
VI. Was müßte eine Umarbeitung von Thönnikers advocatus prudens enthalten?	(§. 2)	29
VII. Was versteht Martin unter unbestrittenen Rechtsgeschäften?	(§. 2)	36
VIII. Deutschland, der französische Proceß, und Martin.	(§. 3)	41
IX. Was ist der Gegenstand der Rechtsverfolgung?	(§. 3)	44
X. Theilungsgründe alles Processes.	(§. 3)	46
XI. Ist das Naturrecht Quelle des deutschen Civilprocesses?	(§. 4)	50
XII. Ueber die Hülfsmittel des Proceßgesetz-Studiums.	(§. 5)	52
Darstellung der allgemeinsten Grundsätze des gemeinen deutschen Civilprocesses		63
XIII. Steht die Civilproceß-Theorie in genauer Verbindung mit eines jeden Staates Verfassung?	(§. 7)	63
XIV. Wird jeder Civilproceß durch einen Rechtsstreit veranlaßt?	(§. 8)	76

Seite

XV. Eigenmacht ist nicht überall ein denkbares Surrogat der Hülfe des Civilrichters (§. 8) 79
XVI. Gegen wen sicherte das gewesene deutsche Reich seine Civilrichterhülfe zu? (§. 9) 82
XVII. Gelangt der Arme zu unentgeltlicher Civilrechtspflege? (§ 10) 86
XVIII. Juristischer Charakter der Civilproceß-Ordnungen (§. 11) 88
XIX. Ueber Martin's Ansicht von der Verhandlungsmaxime (§. 15) 89
XX. Wird nur im Civilproceß ein rechtliches Interresse verfolgt? (§. 20) 94
XXI. Inwiefern hat es jeder Kläger mit einem bestimmten Gegner zu thun? (§. 20) 97
XXII. Es können auch Streitigkeiten über künftig wirksame Rechte (und Verbindlichkeiten) civilprocessualisch ventilirt werden (§. 24) 100
XXIII. Ueber die Willkührlichkeit der Herstellung einer formellen Connexität (§. 27) 102
XXIV. Was sind civilprocessualische Haupt- und Nebensachen? (§. 28) 104
XXV. Ist Martin's Aufzählung der verschiedenen Erscheinungsformen von Material-Connexität vollständig? (§. 28) 108
XXVI. Muß, in präparatorischen Sachen, immer wenigstens die eine Partei von der präparirten Sache auftreten? (§. 29) 112
XXVII. Wird durch präparatorische Nebensachen der Lauf des Hauptprocesses nie unterbrochen? (§. 29) 114
XXVIII. Sind alle präparatorischen Sachen summarisch zu verhandeln? (§. 29) 116
XXIX. Noch etwas über Incidentsachen (§. 30) 118

Subjecte d. g. deutsch. bürgerl. Processes 123

XXX. Ueber die Personalität der Hauptsubjecte des Civilprocesses (§. 31) 123
XXXI. Wer heißt Kläger; und wer Beklagter? (§. 32) 124
XXXII. Stehen alle Streitgenossen im Gesellschaftsverhältnisse? (§ 32) 128
XXXIII. Ueber die Willkührlichkeit der Fortsetzung eines Civilprocesses (§. 36) 131
XXXIV. Ist keine Partei, als solche, verbunden, der andern die Rechtsverfolgung zu erleichtern? (§. 37) 132
XXXV. Wer ist befugt, zu prüfen, welche Partei Recht habe? (§. 38) 133
XXXVI. Inwieweit kann der Monarch die persönliche Schriftsäßigkeit ertheilen, oder eine Gerichtscommission anordnen? (§. 43) 135

Seite

XXXVII. Wie steht es um die Wohnung der Corporationen? (§. 45) 136
XXXVIII. Was wirkt der Material-Connexus auf die Competenz? (§. 50) 138
XXXIX. Genießen die deutschen Suveräne keines privilegirten Gerichtsstandes? (§. 53) 141
XL. Wer steht unter der Competenz des Hofmarschallamtes? (§. 53) 142
XLI. Etwas über das forum continentiae causarum: ex idenditate (§. 56) 145
XLII. Ueber die Außerordentlichkeit des Gerichtsstandes, welche aus der Parteilichkeit des Richters entspringt (§. 57) 146
XLIII. Ueber den Perhorrescenzeid (§. 57) 146
XLIV. Ueber die Parteirollen in den judiciis duplicibus (§. 59) 152
XLV. Inwiefern kann der Richter die, an ihm verübten, Injurien selber ahnden? (§. 60) 154
XLVI. Worin besteht die Proceßdirection des Civilrichters? (§. 61) 157
XLVII. Was heißt: der Richter darf, durch den Menschen, den Rechtsgelehrten und Richter nicht in sich verdrängen lassen? (§. 61) 159
XLVIII. Ueber Martin's Ansichten von Nebenpersonen auf Seiten des Gerichts (§. 69) 162
XLIX. Ueber Martin's Ansichten von den Rechtspflichten des Advocaten (§. 71) 169
L. Fortsetzung (§. 72) 177

Allgemeine Grundsätze von der Beschaffenheit des Stoffs und der Form aller Proceßhandlungen 183

LI. Bemerkungen über Martin's Theorie von der rechtlichen Natur des Marterials aller Proceßhandlungen (§. 82) 183
LII. Hat der Richter die Einrede der Extinctivverjährung ex officio zu supplieren? (§. 93) 192
LIII. Gibt es privilegirte Einreden? (§. 94) 197
LIV. Ueber den Inhalt der Decisivdecrete (§. 109) 199
LV. Ueber die Auslegung rechtskräftiger Urtheile, und über die Natur des formellen Rechts (§. 110) 204
LVI. Ueber Martin's Theorie vom Ungehorsame. (§. 118 u. 119) 212
LVII. Ueber die Natur der civilprocessualischen Beweisgründe und Beweismittel (§. 123) 223
LVIII. Wodurch unterscheiden sich die Bescheinigungen von den Beweisführungen? (§ 126) 237

Seite

LIX. Worin differirt die Executions-Instanz, von der Vorbereitungs- und der Rechtsmittel-Instanz? (§. 128) 239

Erstes Verfahren im ordentlichen Processe 245

LX. Ueber die Anführung des entfernten Klaggrundes, im Klaglibelle (§. 134) 245
LXI. Foderte das ehemalige Recht gar keine Anführung eines fundamentum agendi intermedium, im Klaglibelle (§. 134) 248
LXII. Ueber den Begriff von Klaggrund; und die logische Anordnung der drei Hauptbestandtheile eines Klaglibells (§. 134. 135. 138) 249
LXIII. Etwas über Zweck und Form der litis contestatio, und über den Begriff von status controversiae (§. 144) 253
LXIV. Gibt es wahrhafte verneinende Einreden? (§. 147) 262
LXV. Ueber die Verurtheilung des Klägers, als Klägers (§. 162) 265

Beweisverfahren im ordentlichen Processe 267

LXVI. Ueber die Collision eines unvollkommenen Beweises mit einem vollkommenen indirecten Gegenbeweise (§. 181) 267
LXVII. Wann ist der Beweisantreter contumax? (§. 185) 270
LXVIII. Ueber Zweck und Form der Fragstücke (§. 187) 273
LXIX. Ueber Martin's Begriff von Urkunden (§. 194) 278
LXX. Besteht zwischen der Agnition und der Recognition einer Urkunde ein formeller Unterschied? (§. 201 u. 202) 281
LXXI. Wie hat sich der Producent in Ansehung des Diffessionseides zu verhalten? (§. 203) 285
LXXII. Ueber die Rechtsfähigkeit zur Eidesdelation (§. 213) 292
LXXIII. Ueber das juramentum suppletorium quantitatis (§. 221) 294
LXXIV. Ueber die Antretung und Fortführung des Beweises durch Schlußfolgerungen (§. 222) 297

Von den Handlungen des summarischen Processes 301

LXXV. Bemerkungen über das rechtliche Gehör im summarischen Processe (§. 228) 301
LXXVI. Kann der Arrest nur auf litigiöse Sachen gelegt werden? (§. 230) 304
LXXVII. Muß jede Provocation beim Forum des Provocanten angebracht werden? (§. 244) 305
LXXVIII. Ueber Martin's Darstellung des possessorium summariissimum (§. 248) 307
LXXIX. Ueber Martin's Darstellung von der Rechnungsprocedur (§. 249) 309

Inhalt. 409

Seite

Von den Haupthandlungen der Hülfsvollstreckung 311

LXXX. Ueber die Ausdehnung der Execution auf solche Personen, die von der unterlegen Partei, wenigstens physisch, verschieden sind (§. 253) 311

Von den Haupthandlungen der Rechtsmittel-Instanz 313

LXXXI. Ueber den Begriff von »Rechtsmittel;« und über die Eigenschaft der Rechtsmittel, den, ohne sie, Statt findenden Geschäftsgang zu unterbrechen (§. 263 u. 265) 313
LXXXII, Ueber die accessorische und die Principal-Adhäsion, in Ansehung der Rechtsmittel (§. 267) 315
LXXXIII. Etwas über die vollständigen Appellationsprocesse (§. 279) 318
LXXXIV. Ueber die Einleitungsform der querela nullitatis sanabilis (§. 282) 320

Von den Zwischenhandlungen 324

LXXXV. Muß der Richter eigentlich immer früher perhorrescirt werden, als man sich vor ihm einläßt? (§. 287) 324
LXXXVI. Bemerkungen über Martin's Theorie von den Interventionen (§. 292) 326
LXXXVII. Ueber die Form des Calumnieneides (§. 301) 335
LXXXVIII. Etwas über die provisorischen Verfügungen- (§. 302) 336

Vom Concursprocesse 340

LXXXIX. Müssen die Vindicanten sich nicht in den Concursproceß einlassen? (§. 311) 340
XC. Etwas über den Moment und die Bedingungen der Eröffnung des Concursprocesses (§. 312) 344
XCI. Etwas über die Executions-Instanz im Concursprocesse (§. 325) 350

Anhang.

Ueber die Frage: welchen politisch-juristischen Charakter tragen die Normen, welche das Object von Martins Lehrbuch sind? (§. 11) 353

Zusätze 371

XCII. Ueber die Bestimmtheit der Person des Beklagten (§. 20) 371
XCIII. Ueber den Begriff von Connexität (§. 30) 373

		Seite
XCIV. Können Incidentsachen auch nach rechtskräftiger Entscheidung der Hauptsache noch vorkommen?	(§. 30)	376
XCV. Ist keine Partei, als solche, verpflichtet, der andern die Proceßführung zu erleichtern?	(§. 37)	377
XCVI. Gibt es wirklich Omissivhandlungen?	(§. 82)	379
XCVII. Ueber die Rechnungsprocedur	(§. 240)	380
XCVIII. Ueber Martin's Thesis: »der Real-Arrest kann nur auf des Schuldners wenigstens litigiöse Sachen gelegt werden«	(§. 230)	387
XCIX. Ueber die Liquidität von proceßhindernd-peremtorischen Einreden	(§. 145)	390
C. Ist die Einlassung auf die Klage die Bedinguug der Befugniß zum peremtorischen Excipiren?	(§. 151 u. 152)	395
CI. Wo ist das gegen einen Dritten gerichtete Editionsgesuch vorzutragen?	(§. 199)	398

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Morstadt, Karl Eduard,

Materialkritik von Martin's Civilproceß-Lehrbuch zugleich auf eine Mitcommentation von dessen Gegenstand berechnet ; 101 Entwürfe

Heidelberg 1828

J.pract. 186 n
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554448-2